

Anwaltsvertragshaftung
Pflichtverletzung und Verschulden im neuen
Schuldrecht

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg

vorgelegt von

Rechtsanwalt Thomas Karg
aus Memmingen

Erstgutachter: Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Reinhard Richardi

Tag der mündlichen Prüfung: 26.10.2004

III

MEINER FRAU

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
§ 2 Hauptteil	3
A Der Beruf des Rechtsanwalts	3
I. Historischer Rückblick	3
1. Der Vorsprecher	4
2. Advokaten und Prokuratoren	5
3. Die preußische Sonderentwicklung	9
4. Die Entstehung des Begriffes „Rechtsanwalt“	10
5. Das 19. und 20. Jahrhundert.....	10
II. Der Rechtsanwalt in der Gegenwart.....	12
1. Der Berufsstand zu Beginn des 21. Jahrhunderts	13
2. Die Stellung des Rechtsanwalts im heutigen Rechtsstaat.....	15
B Der Anwaltsvertrag	17
I. Vertragsarten.....	20
1. Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag	21
2. Dienstvertrag § 611 BGB	22
3. Werkvertrag § 631 BGB.....	24
II. Modifikationen durch die Regelungen über die Geschäftsbesorgung und durch die BRAO	24
III. Das Entstehen des Vertragsverhältnisses	26
1. Allgemeine Regeln	26
a) Angebot und Annahme	26
b) Spezielle Formen des Vertragsschlusses	27
c) Vertragspartner.....	29
2. Abweichungen beim Anwaltsvertrag	32
a) Angebot und Annahme	32
b) Ablehnung des Mandats.....	33
IV. Durchführung des Vertrages	33
1. Allgemeines.....	33
2. Umfängliches vs.beschränktes Mandat	35
V. Beendigung des Vertrages.....	37
1. Beendigung durch Erledigung des Auftrags	39
2. Beendigung durch Kündigung des Mandats	40

a) Kündigung durch den Rechtsanwalt	41
b) Kündigung durch den Mandanten	43
c) Widerruf.....	44
d) Weitere Beendigungsgründe.....	44
C Die Pflichten des Anwalts aus dem Vertrag	44
I. Vorvertragliche Pflichten	46
II. Sachverhaltsaufklärung	48
1. Pflichten des Mandanten.....	48
2. Pflichten des Rechtsanwalts	50
III. Die rechtliche Prüfung des Sachverhalts.....	54
1. Allgemeines.....	55
2. Gesetzeskenntnis	56
3. Kenntnis der Judikatur	59
a) Die Meinung in der Rechtsprechung	61
b) Die Ansicht der Literatur.....	64
c) Zusammenfassung.....	66
4. Kenntnis der Literatur	67
5. Weitere Anforderungen	68
IV. Die Pflicht zur Beratung und Belehrung des Mandanten	69
1. Allgemeiner Beratungsumfang und Ziel der Beratung	69
a) Beispiele für die umfassende Rechtsberatung	71
(1) Der sicherste Weg	71
(2) Das Prozessrisiko.....	78
(3) Das Kostenrisiko	79
(4) Pflichten im Zusammenhang mit Vergleichen	81
(5) Aufklärungspflicht mit Wirkung gegen sich selbst.....	83
b) Beispiele für weitere Belehrungspflichten.....	83
2. Einschränkung der Beratungspflicht.....	84
V. Sonstige Pflichten	85
VI. Die Bedeutung von Weisungen durch den Mandanten für die Haftung	85
D Haftung aus dem Mandat – Haftungsgrundlagen.....	89
I. Die Haftungsgrundlagen vor der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002.....	90
1. Unmöglichkeit und Verzug	91

VI

2. Haftung aus vertragsspezifischen gesetzlichen Regelungen	93
3. Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA).....	95
4. Positive Forderungsverletzung	97
a) Allgemeines	97
b) Der Tatbestand der pFv im Überblick	98
c) Der Tatbestand der pFv im Speziellen	99
(1) Die Pflichtverletzung	99
(a) Die Schlechterfüllung einer Hauptleistungspflicht... ..	100
(b) Die Verletzung einer Nebenleistungs- oder Nebenpflicht	100
(2) Rechtswidrigkeit und Schuld.....	104
(a) Funktion der Rechtswidrigkeit	109
(b) Inhalt der Rechtswidrigkeit	113
(i) Die Lehre vom Erfolgsunrecht.....	116
(ii) Die Lehre vom Verhaltensunrecht.....	126
(c) Abgrenzung Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeitsschuld	131
(i) Der Begriff der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“	133
(ii) Inhalt des Fahrlässigkeitsvorwurfes nach h.M.	135
(iii) Objektivierter Fahrlässigkeitsmaßstab und individuelle Vorwerfbarkeit.....	151
(iv) Die verkehrserforderliche Sorgfalt als Definition der Rechtswidrigkeit.....	157
(v) Die Prüfung der Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit sowie deren Inhalt und Funktion anhand der Methoden der Rechtsanwendung und -auslegung	163
Wortlaut	166
Regelungszusammenhang.....	166
Historische Auslegung	167
Teleologische Auslegung	174
d) Prozessuales Verschulden	179
5. Culpa in contrahendo (c.i.c.)	180
II. Die Haftungsgrundlagen nach der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002.....	181

VII

1. Allgemeines zur Reform.....	181
2. Der Tatbestand der Pflichtverletzung § 280 I BGB n.F.	187
a) Allgemeines	187
b) Die Tatbestandsvoraussetzungen im Besonderen	197
(1) Die Pflichtverletzung	197
(2) Rechtswidrigkeit.....	203
(3) Vertretenmüssen.....	204
(a) Die Anwendung der Ergebnisse zum bisherigen Recht im neuen Recht.....	209
(b) Die Irrtumsproblematik im neuen Recht	215
3. Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung (§§ 280 III, 281 BGB n.F.)	221
4. Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht (§§ 280 III, 283 BGB n.F.)	223
5. Verzug	224
6. Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB n.F.).....	225
7. Haftung aus vertragsspezifischen gesetzlichen Regelungen ...	225
8. Geschäftsführung ohne Auftrag	226
9. Culpa in contrahendo (§§ 280 I, 311 II, III, 241 II BGB n.F.)	226
E Kausalität und Zurechenbarkeit.....	227
F Rechtsfolgen	231
I. Rechtsfolgen vor der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002	231
II. Rechtsfolgen nach der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002	236
G Haftung gegenüber Dritten – Haftungsgrundlagen	238
I. Haftungsgrundlagen vor der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002	238
II. Haftungsgrundlagen nach der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002	241
H Beweis und Beweislast	242
I. Beweis des Mandats und dessen Umfang	242
II. Beweislast der Pflichtwidrigkeit	243
III. Rechtswidrigkeit.....	244
IV. Schuld	246
V. Kausalität	250
VI. Weitere Beweisfragen.....	250

VIII

I Verjährung	251
II Haftungsbeschränkung und -ausschluss	257
§ 3 Zusammenfassung	261

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ahlers, Dieter | Zur Gestaltung der universitären Juristenausbildung, AnwBl. 1998, S. 68 |
| Altmeppen, Holger | Schadenersatz wegen Pflichtverletzung – Ein Beispiel für die Überhastung der Schuldrechtsreform, DB 2001, S. 1131 |
| ders. | Nochmals Schadenersatz wegen Pflichtverletzung, anfänglicher Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, S. 1821 |
| Anders, Holm | Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstörungenrecht des Entwurfs für ein Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZIP 2001, S. 184 |
| Barbara Dauner-Lieb, Thomas Heidel, Manfred Lepa und Gerhard Ring (Hrsg.) | Anwaltkommentar Schuldrecht, Bonn, 2002 (zitiert: AnwaltKomm/Bearbeiter) |
| Arndt, Adolf | Anmerkung zu BGH NJW 1967, S. 819 in NJW 1967, S. 1331 |
| Ballerstedt, Kurt | Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, in AcP 151 (1950/1951), S. 501 |
| Bamberger, Heinz Georg/Roth Herbert (Hrsg.) | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, München, 2003 (zitiert: Bamberger/Roth/Bearbeiter) |

ders.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, München, 2003
Baumgärtel, Gottfried (Hrsg.)	Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Auflage, Köln, 1991 (zitiert: Baumgärtel/Bearbeiter)
Bell, Martin	Anwaltshaftung gegenüber Dritten, Bonn, 1996
Binding, Karl	Handbuch des Strafrechts, Leipzig, 1885
Boergen, Rüdiger	Die vertragliche Haftung des Rechtsanwalts, Berlin, 1968
Borgmann, Brigitte	Die Rechtsprechung des BGH zum Anwaltshaftungsrecht in der Zeit von Mitte 1991 bis Mitte 2000, NJW 2000, S. 2953
Borgmann, Brigitte/Haug, Karl	Anwaltpflichten, Anwaltshaftung, München, 1979
Borgmann, Brigitte/ Haug, Karl	Anwaltshaftung, 3. Auflage, München, 1995
Braun, Johann	Anmerkung zu BGH JZ 1997, S. 257 in JZ 1997, S. 259
Brodmann	Über die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Stifters, AcP 99 (1906), S. 327
Bruns, Jan	Wegfall der Sekundärhaftung? – Die Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf die Verjährung von Schadensersatzansprüchen des Mandanten gegen den Rechtsanwalt, BB 2003, 1346

Caemmerer, Erich von	Wandlungen des Deliktsrechts, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Karlsruhe, 1960, S. 49
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499
Canaris, Claus-Wilhelm	Schadenersatz wegen Pflichtverletzung, anfänglicher Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, S. 1815
Coing, Helmut	Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Auflage, Berlin, 1969
Commichau, Gerhard	Ausbildung und Fortbildung des Anwalts, NJW 1977, S. 1361
Conrad, Hermann	Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1 Frühzeit und Mittelalter, 2. Auflage, Karlsruhe, 1962
ders.	Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2 Neuzeit bis 1806, Karlsruhe, 1966
Dahs	Anmerkung zu BGH NJW 1959, S. 35
Däubler-Gmelin, Herta	Die Entscheidung für die sogenannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform, NJW 2001, S. 2281
Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.)	Das Neue Schuldrecht, Heidelberg, 2002
Deutsch, Erwin	Allgemeines Haftungsrecht I, 2. Auflage, Köln, 1996

ders.	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln, 1963
ders.	Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht, JZ 2002, S. 588
Diederichsen, Uwe	Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182 (1982), S. 101
Döhring, Erich	Geschichte der Deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin, 1953
Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Karl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Auflage, Tübingen, 1960
Erman, Walter (Hrsg.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 10. Auflage, Köln, 2000
Erman, Walter (Hrsg.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 11. Auflage, Köln, 2004
Ernst, Wolfgang/Gsell, Beate	Reform-E, ZIP 2000, S. 1462
Esser, Josef/Schmidt, Eike	Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Tb. 2, 7. Auflage, Heidelberg, 1993
Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo	Schuldrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Tb. 1, 8. Auflage, Heidelberg, 1998
ders.	Schuldrecht, Besonderer Teil, Bd. 2 Tb. 2, 8. Auflage, Heidelberg, 2000
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin, 1997
Friedhoff, Volker	Der hypothetische Inzidentprozeß bei der Regreßhaftung des Anwalts, Hamburg, 2002

Fürst, F.	Haftungsbeschränkung der Rechtsanwälte, AnwBl. 1929, S. 329
Gerold, Wilhelm/Schmidt, Herbert/v. Eicken, Kurt/Madert, Wolfgang	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung, Kommentar, 15. Auflage, München, 2002 (zitiert: Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Bearbeiter)
Gsell, Beate	Der Schadensersatz statt der Leistung im neuen Schuldrecht, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (zitiert: Jb.J.ZivRWiss) 2001, S. 105
Guardiera-Windheim, Karin	Die Haftung des Rechtsanwalts für gerichtliche Fehlleistungen im Zivilprozeß, Konstanz, 1986
Habersack, Mathias	Die Haftungsverfassung der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts – Doppelverpflichtung und Akzessorietät, JuS 1993, S. 1
Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Hrsg.)	Das neue Schuldrecht, München, 2002
Hammen, Horst	Zerschlagt die Gesetzestafeln nicht!, WM 2001, S. 1357
Hänlein, Andreas	Die Schuldrechtsreform kommt!, DB 2001, S. 852
Hartstang, Gerhard	Anwaltsrecht, Köln, 1991
Hartung, Wolfgang/Holl, Thomas	Kommentar zur Anwaltlichen Berufsordnung, 2. Auflage, München, 2001 (zitiert: Hartung/Holl/Bearbeiter)
Haug, Karl	Anmerkung zu BGHZ 84, 248 in ZIP 1982, S. 1223

XIV

Heinemann, Klaus	Baustein anwaltlicher Berufshaftung: die Beweislast, NJW 1990, S. 2345
Heldrich, Andreas	Ein zeitgemäßes Gesicht für unser Schuldrecht, NJW 2001, S. 2521
Helling, Hans-Jürgen	EU-Harmonisierung – Globalisierung – Kommerzialisierung – Anwaltschaft, quo vadis? AnwBl. 2000, S. 705
Henssler, Martin	Haftungsrisiken anwaltlicher Tätigkeit, JZ 1994, S. 178
Henssler, Martin/Prütting, Hans	Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung, München, 1997 (zitiert: Henssler/Prütting/Bearbeiter)
Heussen, Benno/Giebel, Thomas	Strukturen der Rechtsanwaltschaft in Deutschland und den USA, AnwBl. 2000, S. 385
Himmelschein, Jury	Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135, S. 255
Hommelhoff/Müller-Graf/Ulmer	Die Praxis der rechtsberatenden Berufe, München, 1999
Huber, Peter/Faust, Florian	Schuldrechtsmodernisierung, München, 2002
Huber, Ulrich	Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, in Festschrift für E. R. Huber, Göttingen, 1973
ders.	Leistungsstörungen, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, Köln, 1981

- ders. Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, S. 2273
- ders. Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in Zivilrechtswissenschaften und Schuldrechtsreform, herausgegeben von Wolfgang Ernst und Reinhard Zimmermann, Tübingen, 2001, S. 31
- Hübner, Ulrich Die Berufshaftung – ein zumutbares Berufsrisiko?, NJW 1989, S. 5
- Jakobs, Horst Heinrich Tagungsbericht: Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, S. 27
- Jauernig, Othmar (Hrsg.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Auflage, München, 2003 (zitiert: Jauernig/Bearbeiter)
- Jauernig, Othmar (Hrsg.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, München, 1997 (zitiert: Jauernig/Bearbeiter)
- Jeloschek, Christoph/Lohnert, Roland Ein (neues) Recht der Dienstleistungen jenseits von Werk- und Dienstvertrag. Ideen zu einer Reform des Besonderen Schuldrechts, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Jb.J.ZivRWiss) 2001, S. 255
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996
- Jungk, Antje Haftung des Rechtsanwalts für Fehler des Gerichts?, AnwBl. 2003, S. 104

Karollus, Martin	Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Wien/New York, 1992
Kaser, Max	Das römische Zivilprozessrecht, München, 1966
Katzenmeier, Christian	Arzthaftung, Tübingen, 2002
ders.	„Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung“ in VersR 2002, S. 1066
Kleine-Cosack, Michael	Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung, 3. Auflage, München, 1997
Knütel, Rolf	Zur Schuldrechtsreform, NJW 2001, S. 2519
Köhler, Helmut	Einführung zur Beck'schen Faksimileausgabe des BGB von 1896, München, 1996
Lange, Frank-Holger	Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozeß, Baden-Baden, 2002
Lange, Heinrich	Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, in AcP 156 (1957), S. 114
Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried	Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen, 2003
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, 1975
ders.	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, Bd. 1, 13. Auflage, München, 1989

Larenz, Karl/Wolf, Manfred	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München, 1997
Larenz, Karl/Canaris, Claus Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2, Hbd. 2, 13. Auflage, München, 1994
Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas	Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München, 2002
Lorenz, Stephan	Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, S. 742
Löwisch, Manfred	Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, in AcP 165 (1965), S. 421
ders.	Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungsrechts für das Arbeitsvertragsrecht, NZA 2001, S. 465
Magnus, Ulrich	Der Tatbestand der Pflichtverletzung, in Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Münster u.a, 2001, S. 67
Mäsch, Gerald	Anmerkung zu BVerfG JZ 2003, S. 419 in JZ 2003, S. 419
Mayer-Maly, Theo	Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts in AcP 170 (1970), S. 133
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht, 18. Auflage, Köln, 1999
Medicus, Dieter	Schuldrecht II, Besonderer Teil, 7. Auflage, München, 1995

- ders. Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München, 1998
- Mugdan, Benno Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Aalen, 1979, Nachdruck der Ausgabe Berlin, 1899
- ders. Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Aalen 1979, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1899
- Müller, Klaus Die Pflicht des Anwalts im Zusammenhang mit der Führung des Prozesses, JR 1969, S.161
- Münchener Kommentar (Hrsg. Rebmann, Kurt/Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 3. Auflage, München, 1997 (zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 4. Auflage, München 2001 (zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, 4. Auflage, München, 2003 (zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar (Hrsg. Rebmann, Kurt/Säcker, Jürgen) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 3. Auflage, München, 1994 (zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 3. Auflage, München, 1997 (zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)

- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 2. Auflage, München, 1986 (zitiert: MünchKomm/Bearbeiter)
- Musielak, Hans-Joachim Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen – Eine kritische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs, in AcP 176 (1976), S. 465
- ders. Entgeltliche Geschäftsbesorgung, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, Köln, 1981
- Nilgens, Volker Was der Anwalt von der Literatur wissen muss, JUR-PC 1993, S. 2309
- Nipperdey, Hans Karl Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, S. 1777
- Odersky, Walter Die Berufshaftung – ein zumutbares Risiko?, NJW 1989, S. 1
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 59. Auflage, München, 2000 (zitiert: Palandt/Bearbeiter)
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 61. Auflage, Hauptwerk und Ergänzungsband (zitiert Palandt^{61E}), München, 2002 (zitiert: Palandt/Bearbeiter)
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 62. Auflage, München, 2003 (zitiert: Palandt/Bearbeiter)

Picker, Eduard	Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen "zwischen" Vertrag und Delikt in AcP 183 (1983), S. 369
Raape, Leo	Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, in AcP 147 (1941), S. 217
Reichsgerichtskommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, Bd. II 1, 12. Auflage, Berlin, 1976 (zitiert: RGRK/Bearbeiter)
ders.	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, Bd. II 5, 12. Auflage, Berlin, 1989 (zitiert: RGRK/Bearbeiter)
Reifner, Udo	Die freie Advokatur und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1984, S. 1151
Rinsche, Franz-Josef	Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 6. Auflage, Köln, 1998
Rosenberg, Leo	Die Beweislast, 5. Auflage, München, 1965
Schapp, Jan	Empfiehl sich die „Pflichtverletzung“ als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?, JZ 2001, S. 583
Scheffler, Friedrich	Darf man vom Anwalt mehr verlangen, als das Kollegialgericht leistet?, NJW 1960, S. 265

Schmidt, Karsten	Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, S. 993
Schmidt-Ränsch, Jürgen	Das neue Schuldrecht, Anwendung und Auswirkung in der Praxis, Köln, 2002
Schneider, Egon	Der freie Anwalt und die Präjudizien, MDR 1972, S. 745
ders.	Anmerkung zu BGH MDR 1973, 304 f, in MDR 1973, S. 305
Schönke, Adolf/Schröder, Horst	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 25. Auflage, München, 1997 (zitiert: Schönke/Schröder/Bearbeiter)
Schubert, Werner (Hrsg.)	Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Berlin, 1980
Schulte, Christian	Die Rechtsscheinhaftung im Gesellschaftsrecht der freien Berufe, Berlin, 2002
Schünemann, Wolfgang	Die positive Vertragsverletzung – eine kritische Bestandsaufnahme, JuS 1987, S. 1
Seidl, Leonhard	Die Beweislast im Haftpflichtprozeß, AnwBl. 2000, S. 107
Siegrist, Hannes	Advokat, Bürger und Staat, 1. Hbd, Frankfurt/Main, 1996
Soergel, Hans-Theodor/Siebert, Wolfgang	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 11. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1985 (zitiert: Soergel/Bearbeiter)

- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln, 1990 (zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4/1, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln, 1998 (zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- Spickhoff, Andreas Gesetzesverstoß und Haftung, Köln, 1998
- ders. Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, NJW 2002, S. 2530
- Stammler, Rudolf Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, 1911
- Staub, Hermann Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, 1904
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10/11. Auflage, Bd. II 1 c, Berlin, 1967 (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 631 – 651, 13. Bearbeitung von Dirk Neumann, Frank Peters, Berlin, 1994 (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- ders. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 652 – 704, 13. Bearbeitung von Michael Martinek, Dieter Reuter, Olaf Werner, Roland Wittmann, Berlin, 1995 (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)

ders.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255-292, 13. Bearbeitung von Manfred Löwisch und Walter Selb, Berlin, 1995 (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
ders.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 620 – 630, 13. Bearbeitung von Dirk Neumann, Ulrich Preis, Berlin, 1995 (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
Stoll, Hans	Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 589
Stoll, Hans	Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, in AcP 162 (1963), S. 203
Thomas, Heinz/Putzo, Hans	Kommentar zur ZPO, 24. Auflage, München, 2002
Vollkommer, Max	Anwaltshaftungsrecht, München, 1989
Vollkommer, Max/Heinemann, Jörn	Anwaltshaftungsrecht, 2. Auflage, München, 2003
Wach, Adolf	Handbuch des Zivilprozessrechts, Bd. 1, Leipzig, 1885
Weißler, Adolf	Geschichte der Rechtsanwaltschaft, Frankfurt/Main, 1967
Westermann, Harm-Peter	Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, S. 530
Wiethölter, Rudolph	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe, 1960

- Willingmann, Armin/Hirse, Thomas
 mas Schuldrechtsmodernisierung und Allgemeines Schuldrecht, in: Micklitz, Hans-W./Pfeiffer, Thomas/Tonner, Klaus/Willingmann, Armin (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, Baden-Baden, 2001, S. 45
- Zimmermann, Reinhard „Sekundäre“ und „tertiäre“ Schadensersatzansprüche gegen den Rechtsanwalt, NJW 1985, S. 720
- ders. Schuldrechtsmodernisierung?, JZ 2001, S. 171
- Zippelius, Reinhold Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg, in AcP 157 (1958), S. 390
- Zitelmann, Ernst Ausdruck der Widerrechtlichkeit, in AcP 99 (1906), S. 1
- Zöller, Richard Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 23. Auflage, Köln, 2002 (zitiert: Zöller/Bearbeiter)
- Zugehör, Horst (Hrsg.) Handbuch der Anwaltshaftung, Herne/Berlin, 1999 (zitiert: Zugehör/Bearbeiter)
- Zugehör, Horst Beraterhaftung nach der Schuldrechtsreform, Recklinghausen, 2002
- ders. Anwaltsverschulden, Gerichtsfehler und Anwaltshaftung, in NJW 2003, S. 3225

§ 1 Einleitung

„Anwaltspflichten und die damit einhergehenden Haftpflichtrisiken sind so weit gespannt wie die Tätigkeiten des Anwalts als unabhängiger Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten.“¹

„Die Haftpflichtgefahren wachsen ständig.“²

Diese Zitate entstammen der ersten Auflage der Abhandlung von Borgmann/Haug zur Anwaltshaftung aus dem Jahr 1979. Bereits damals, vor über 25 Jahren, war die Haftung des Anwalts ein derart aktuelles und zugleich komplexes Thema, dass ein ganzes Werk darüber geschrieben wurde.

Heute ist die Anwaltshaftung regelmäßig wiederkehrender Bestandteil der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG sowie zahlreicher Publikationen.

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit den Folgen der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform und ihren Änderungen bzw. Neuerungen im Bereich des Leistungsstörungenrechts im Hinblick auf die vertragliche Haftung des Rechtsanwaltes auseinander. Dabei steht die zentrale Haftungsregelung des § 280 I BGB n.F. mit der nunmehr allgemein für Pflichtverletzungen geltenden Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB n.F. im Mittelpunkt des Interesses.

Es wird untersucht, ob und was genau sich an der Haftung des Rechtsanwalts durch die Reform geändert hat, sowie, ob und wie eine klare und Rechtssicherheit für den Anwalt bietende Handhabung des neuen Tatbestandes des § 280 BGB n.F. möglich ist.

¹ Borgmann/Haug, Vorwort zur ersten Auflage

² Borgmann/Haug, Vorwort zur ersten Auflage

Die Abgrenzung der Pflichtverletzung als Bestandteil des objektiven Tatbestandes von der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ des § 276 II BGB n.F. – bisher § 276 I 2 BGB a.F. – als (nach h.M.) Verschuldensmerkmal war und ist ein kaum lösbares Problem.³

Unter dem Gesichtspunkt der Verschuldensvermutung in § 280 I 2 BGB n.F. gewinnt diese Problematik wieder eine ganz aktuelle und entscheidende Bedeutung, die den Kern und Schwerpunkt der folgenden Abhandlung bilden wird.

Die Darstellung berücksichtigt dabei die neuesten Entwicklungen im Rahmen der Anwaltshaftung, welche sich besonders eindrücklich in einer Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2002 zeigten. Folgende Ausführungen des höchsten deutschen Gerichts seien als Leitbild vorangestellt:

„Verfassungsrechtlich bedenklich ist allerdings die Auffassung des Bundesgerichtshofs, dass rechtsfehlerhaftes Unterlassen eines Gerichts, das die Folgen eines anwaltlichen Fehlers perpetuiert, obwohl ihr Eintritt durch prozessordnungsgemäße Beweisaufnahme hätte verhindert werden können, haftungsrechtlich unbeachtlich ist. Vorliegend hätte sich dem Bundesgerichtshof die Frage aufdrängen müssen, ob in die Berufsausübungsfreiheit eines Rechtsanwalts eingegriffen wird, wenn er für eine missverständliche Formulierung haftbar gemacht wird, obwohl sie bei fehlerfreiem Verhalten des Gerichts nicht zum Schadenseintritt geführt hätte. Auch wenn eine Amtshaftung wegen des Richterprivilegs regelmäßig ausscheidet, legitimiert dies nicht die Haftungsverschiebung zu Lasten der Rechtsanwälte, ohne in Rechnung zu stellen, dass hierbei deren Grundrechte berührt werden. Auch als "Organe der Rechtspflege" (§ 1 BRAO) haften die Rechtsanwälte nicht ersatzweise für Fehler der Rechtsprechung, nur weil sie haftplichtversichert (§ 51 BRAO) sind.“⁴

„Rechtskenntnis und -anwendung sind vornehmlich Aufgabe der Gerichte.“

³ Entscheidung des BGH in VersR 1977, S. 547, in welcher ausgeführt wird, dass eine strikte Abgrenzung kaum einzuhalten und praktikabel sei.

⁴ BVerfG NJW 2002, S. 2938.

Fehler der Richter sind - soweit möglich - im Instanzenzug zu korrigieren. Soweit dies aus Gründen des Prozessrechts ausscheidet, greift grundsätzlich nicht im Sinne eines Auffangtatbestandes die Anwaltshaftung ein. Kein Rechtsanwalt könnte einem Mandanten mehr zur Anrufung der Gerichte raten, wenn er deren Fehler zu verantworten hätte.“⁵

§ 2 Hauptteil

A Der Beruf des Rechtsanwalts

Der Begriff des Rechtsanwaltes ist im Gegensatz zu dem des Richters verhältnismäßig jung und stammt aus dem 19. Jahrhundert⁶. Die Stellung des Anwaltes im deutschen Rechtssystem wird in den ersten drei Paragraphen der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) zusammengefasst. Der Rechtsanwalt ist Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO), er übt einen freien Beruf aus (§ 2 I BRAO) und ist der berufene, unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 I BRAO). Die Haftung des Rechtsanwalts wird nicht nur durch die einschlägigen Normen des Zivilrechts bedingt, sondern steht auch unter dem Einfluss der Stellung des Anwalts im Rechtssystem im Allgemeinen, sodass ein kurzer Überblick über die Entwicklung dieses Berufsstandes unerlässlich ist.

I. Historischer Rückblick

Die Anwaltschaft und das Berufsbild des Rechtsanwalts existiert in der heutigen Form und Ausgestaltung erst seit verhältnismäßig kurzer Zeit. Im Gegensatz zum Amt des Richters, welches bereits seit der Antike bekannt ist und im wesentlichen – nämlich in der Funktion der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten - keinen grundlegenden Veränderungen unterworfen war, begann die Entstehung des Berufes des Rechtsanwalts relativ spät.

⁵ BVerfG NJW 2002, S. 2938.

⁶ Borgmann/Haug³, § 1 Rdnr. 1.

1. Der Vorsprecher

Bereits im germanischen Rechtskreis existierten Rechtskundige, die neben dem Gericht bei Prozessen in Erscheinung traten, die sog. Vorsprecher. Diese waren allerdings nicht vornehmlich Parteivertreter, sondern Beauftragte des Richters, in dessen Dienst sie handelten. Der Vorsprecher war in öffentlichem Interesse tätig, um das Recht zu finden, nicht um es zu verwirklichen, was den Grundzug des germanischen Prozesses darstellte. Er hatte Fragen an die Partei zu stellen, um der Sachverhaltsaufklärung Vortrieb zu leisten, und nicht das Anliegen der Partei vorzutragen. Der Vorsprecher war mithin zwar der Partei bestellt, hatte aber dem Gericht und dem öffentlichen Interesse zu dienen⁷.

Der im germanischen Ursprung wurzelnde Vorsprecher blieb bis ins Mittelalter erhalten, seine Beteiligung am Prozess war in einigen Rechtskreisen sogar Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Prozesshandlung („Der ohne Vorsprecher vollzogene Akt ist nichtig.“ Münchener Stadtrecht von 1340, Art. 205). Die Stellung des Vorsprechers war ein Ehrenamt (so z.B. im Sachsenspiegel⁸) und somit unentgeltlich, in einigen Rechtsammlungen wurde die Annahme von Lohn sogar ausdrücklich verboten⁹.

Dennoch muss es bereits seit dem 9. Jahrhundert den Berufsstand des Vorsprechers, mit geheimer oder offener Entlohnung, gegeben haben, da z.B. auch der Sachsenspiegel das Auftreten fremder Vorsprecher voraussetzt¹⁰.

Zusammenfassend kann der Stand des Vorsprechers folgendermaßen umschrieben werden: Der Vorsprecher wurde im öffentlichen Interesse durch den Richter bestellt und hatte die Aufgabe, ein richtiges Urteil zu

⁷ Weißler, S. 39.

⁸ Weißler, S. 58; der Sachsenspiegel von Eike von Repgow war kein Gesetz, sondern die Sammlung von Rechtsbräuchen und Gerichtspraktiken eines Privatmannes im 14. Jahrhundert.

⁹ Weißler, S. 54.

¹⁰ Weißler, S. 58.

fördern, nicht den Parteiinteressen zu dienen, was aber eine Beratung der Partei über das rechte Handeln vor Gericht nicht ausschloss¹¹. Der Vorsprecher war „*der unbestechliche Hüter des Rechts*“¹².

2. Advokaten und Prokuratoren

Der Begriff des Advokaten stammt aus dem römischen Rechtssystem und bezeichnete Rechtsgelehrte, die vor Gericht als Gutachter oder als Vorsprecher auftraten, nicht jedoch als Vertreter der Partei¹³.

Mit dem Niedergang der römischen Republik wurde die bis dato bestehende Unentgeltlichkeit der Tätigkeit aufgehoben, unter Diokletian eine Gebührenordnung eingeführt und später - in den Digesten festgelegt - die Vergütung durch das Gericht bestimmt, wodurch ein neuer Berufsstand mit der Bezeichnung Advokat entstand¹⁴.

Prokuratoren hingegen waren - trotz des Verbots der Stellvertretung im römischen Recht, das durch allerlei formelle Kniffe umgangen wurde - die durch Ermächtigung bestellten Prozessstellvertreter, deren Handlungen für und wider die Partei galten¹⁵. Der Beruf des Prokurators wurde, im Gegensatz zum Advokaten, unentgeltlich ausgeübt, da er auf einem Mandat beruhte und deshalb nie Gebühren bezahlt wurden¹⁶.

Es bestand aber keine vorgeschriebene Trennung zwischen dem Advokaten und dem Prokurator, vielmehr übten viele Advokaten gleichzeitig die Funktion des Prokurators aus, sodass eine in Deutschland später auftretende strikte Trennung nicht vorhanden war¹⁷.

¹¹ Conrad², Bd. 1, S. 386.

¹² Weißler, S. 74.

¹³ Kaser, S. 453 f.

¹⁴ Weißler, S. 94.

¹⁵ Kaser, S. 157, S. 159.

¹⁶ Weißler, S. 100.

¹⁷ Weißler, S. 102.

In Deutschland war der Begriff des Advokaten ebenfalls bekannt, jedoch mit anderer Bedeutung. Die Advocati waren die amtlich bestellten Vertreter der Fürsten und Kirchenoberen, welche die jeweiligen Institutionen vor Gericht oder in anderen rechtlichen Angelegenheiten vertraten¹⁸. So lässt sich festhalten, dass eine Trennung der Berufe des Advokaten und des Prokurators weder im deutschen noch im römischen Recht bekannt war.

Die strikte Differenzierung stammt erst aus dem kanonischen Recht. Ende des 13. Jahrhunderts tauchen in den kanonischen Prozessen die Bezeichnungen der Advokaten und Prokuratoren auf, welche beide notwendige Beteiligte am Prozess waren¹⁹, was von den weltlichen Herrschern dadurch adaptiert wurde, dass der kanonische Prozess zum Ende des 15. Jahrhunderts übernommen wurde²⁰.

Der Advokat musste wenigstens ein vierjähriges Universitätsstudium absolviert und mindestens ein Jahr praktisch gearbeitet haben, bevor er das öffentlich bestellte und auf einen Ort beschränkte Amt ausüben durfte, was von einem Prokurator nicht verlangt wurde²¹.

Er war zuständig für das Erstellen der Schriftsätze, dagegen oblag dem Prokurator der Auftritt in der mündlichen Verhandlung als bevollmächtigter Prozessvertreter²². Dabei findet ab Mitte des 15. Jahrhunderts die strikte Trennung der Ämter ihren Ausdruck darin, dass die Schriftsätze mit den Rechtsausführungen nur von einem Advokaten unterschrieben werden durften und es dem Prokurator sogar mit Bußgeldbewehrung verboten war, vor Gericht selbst Rechtsausführungen zu tätigen²³.

¹⁸ Weißler, S. 106.

¹⁹ Conrad², Bd. 1, S. 386.

²⁰ Weißler, S. 114, 122.

²¹ Weißler, S. 114.

²² Conrad, Bd. 2, S. 163.

²³ Weißler, S. 117/118.

Leicht verallgemeinernd lässt sich feststellen, dass sich im 15. Jahrhundert eine Zweiteilung der juristischen Interessenswahrnehmung etabliert hat: Der Advokat als dem Prokurator überlegener Rechtskundiger, der aber nach außen nicht in Erscheinung tritt, und der Prokurator, der bevollmächtigte Prozessvertreter, der sich auf das formelle Recht und die Auftritte vor Gericht beschränkte.

Der Beruf des Prokurators wurde vor allem an den Untergerichten nicht selten von juristischen Laien wie Bauern oder Handwerkern ausgeübt²⁴, was die Notwendigkeit, den Prozess von einem rechtskundigen Advokaten vorbereiten zu lassen, noch verdeutlicht.

Durch die erste Kammergerichtsordnung von 1495 wurde das Amt des Vorsprechers und das des Prokurators derart verquickt, dass ein einheitlicher Berufsstand entstand²⁵.

Die Prokuratoren wurden nur zu einem bestimmten Gericht und nur in bestimmter Zahl zugelassen, wohingegen die Advokaten keiner dieser Beschränkungen unterworfen waren, weshalb *„Geschlossenheit und Monopol ... seitdem das Kennzeichen der Prokuratur, Freiheit das der Advokatur gewesen“*²⁶ ist.

Dabei war der Prokurator zugleich de jure Advokat und durfte dieses Amt gleichzeitig ausüben, wohingegen der Advokat auf seine Tätigkeit beschränkt war²⁷. Der Prokurator hatte demnach – cum grano salis – bereits Ende des 15. Jahrhunderts vor dem Kammergericht eine ähnliche Stellung und Kompetenz wie ein heutiger Rechtsanwalt.

Trotzdem war es den Prokuratoren selten möglich, sich sowohl um den Prozessverkehr als auch um die Schriftsätze und Mandanten zu küm-

²⁴ Weißler, S. 184.

²⁵ Weißler, S. 122.

²⁶ Weißler, S. 123.

²⁷ Conrad, Bd. 2, S. 461.

mern, was dazu führte, dass der Advokat dies übernahm und so eine Arbeitsteilung herrschte²⁸, die dem heutigen Bild des Anwaltes widerspricht.

Ab dem 15. Jahrhundert entstand nach und nach an den Untergerichten der Anwaltszwang, was bedeutete, dass die Parteien ihr Anliegen nur durch einen Prokurator vertreten lassen konnten²⁹. An den Obergerichten gab es diesen förmlichen Anwaltszwang nicht, faktisch waren die Rechtssuchenden jedoch zur Beauftragung eines Prokurators gezwungen, da die prozessualen Förmlichkeiten zur Durchsetzung der Rechte nur von Fachmännern beherrscht wurden³⁰.

Bis zur Kammergerichtsordnung von 1495 war das gerichtliche Verfahren geprägt von der mündlichen Verhandlung; lediglich die Einleitung des Verfahrens wurde schriftlich vorgenommen³¹. Ab dem Bestehen des ständigen Kammergerichts jedoch verlagerte sich das Prozedere von der Mündlichkeit zunehmend zum überwiegenden Sachvortrag durch Schriftsätze, welche in der Verhandlung überreicht oder vorgetragen wurden³².

Die Verlagerung des Prozessalltages von der mündlichen Verhandlung hin zum schriftlichen Verfahren führte jedoch dazu, dass der Stand des Advokaten an Bedeutung und Achtung zunahm und auch der Advokat zur Prokurator zugelassen wurde³³. Nunmehr wurde die Zweiteilung sinnentlehrt und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in allen Gebieten aufgehoben³⁴.

²⁸ Weißler, S. 125.

²⁹ Weißler, S. 180.

³⁰ Weißler, S. 180.

³¹ Weißler, S. 194.

³² Weißler, S. 195/196.

³³ Borgmann/Haug³, § 1 Rdnr. 2.

³⁴ Borgmann/Haug³, § 1 Rdnr. 2.

3. Die preußische Sonderentwicklung

Im 18. Jahrhundert erfuhr unter König Friedrich Wilhelm I. im preußischen Herrschaftsgebiet die bis dahin bestehende Ordnung der Rechtspflege unter Beteiligung der Prokuratoren und Advokaten eine einschneidende Veränderung. Unter der Federführung von Cammann wurde der gerichtliche Prozess wieder zur überwiegenden Mündlichkeit zurückgeführt, da das Schriftsatzwesen der Advokaten derartige Blüten trieb, dass die Rechtspflege gefährdet war³⁵.

Die durch Cammann angestoßene Entwicklung wurde durch den 1722 neu ernannten Kammergerichtspräsidenten Samuel v. Cocceji weitergetrieben³⁶. Er veranlasste die Auflösung der Prokuratur und die Übertragung der Prozessvertretung auf die Advokaten, die ihre Schriftsätze jetzt vor Gericht verlasen³⁷.

Die Vollendung der Umgestaltung des Gerichtswesens blieb jedoch Johann Heinrich Casimir Carmer und dessen Einfluss auf das corpus juris Fridericianum vorbehalten, der die Advokatur verstaatlichte, die Advokaten zu Assistenzräten als Teil der Richterbank machte, welche dadurch nicht mehr frei gewählte Parteivertreter waren³⁸.

Die Assistenzräte traten jedoch nur im Prozess auf, nicht außergerichtlich oder in der Zwangsvollstreckung, weshalb nach der Abschaffung des Advokaten keine Rechtsbeistände mehr vorhanden waren³⁹. Deshalb wurde kurzerhand ein neuer Berufsstand eingeführt, der Justizkommissar, der keine Prozesse führte, sondern lediglich beratend tätig war und zugleich das Notariat besorgte⁴⁰.

³⁵ Weißler, S. 315/316.

³⁶ Weißler, S. 317.

³⁷ Weißler, S. 318.

³⁸ Conrad, Bd. 2, S. 469.

³⁹ Döhring, S. 114.

⁴⁰ Weißler, S. 353.

Das Gerichtssystem mit Assistenzräten erwies sich sehr schnell als unzweckmäßig, wurde deshalb wieder abgeschafft und die Prozessvertretung den Justizkommissaren übertragen, was der Wiedereinführung des Advokaten gleichkam⁴¹. Die noch heute bestehende Verquickung von Anwaltstätigkeit und Notariat in den norddeutschen Bundesländern lässt ihren Ursprung also in der Geschichte erkennen.

4. Die Entstehung des Begriffes „Rechtsanwalt“

Der Name „Rechtsanwalt“ taucht das erste Mal in einer bayerischen Verordnung aus dem Jahr 1804 auf, endlich ein deutsches Wort für den in Bayern zu dieser Zeit nur noch allgemein „Advokat“ genannten Berufsstand⁴².

Da zu Beginn des 19. Jahrhunderts „Advokaten und Prokuratoren“ in der Bevölkerung zum einen nicht sehr beliebt waren – die Vertreter dieser Zunft hatten sich wegen ihrer Verhaltensweisen nicht gerade beliebt gemacht –, zum anderen die feine Unterscheidung der Begriffe von den wenigsten noch gekannt wurde, übernahmen die meisten Länder im deutschsprachigen Raum diese Formulierung⁴³. Eine allgemeine und endgültige Einführung der Bezeichnung Rechtsanwalt erfolgte 1879 durch die Reichsjustizgesetze⁴⁴.

5. Das 19. und 20. Jahrhundert

Von Beginn bis Mitte des 19. Jahrhunderts stellte sich die Situation der Anwaltschaft in den deutschsprachigen Ländern folgendermaßen dar: In Preußen, Österreich, Sachsen und Bayern gab es keine in Advokaten und

⁴¹ Conrad, Bd. 2, S. 469.

⁴² Weißler, S. 421.

⁴³ Weißler, S. 422.

⁴⁴ Döhring, S. 122.

Prokuratoren unterteilte Anwaltschaft⁴⁵, während im übrigen Teil die Prokuratoren als Prozessvertreter fungierten und die Advokaten die Schriftsätze fertigten.

Die Bestellung zum Anwalt war mittlerweile von den Gerichten auf die Regierungen übergegangen, somit von der Judikative auf die Exekutive⁴⁶. Mit der zunehmenden Beteiligung der Bürger an der öffentlichen Macht engagierten sich auch die Rechtsanwälte stärker in der Politik, um ihren Forderungen nach einer unabhängigen und verfassten Anwaltschaft Vorschub zu leisten⁴⁷.

Besonders groß wurde die politische Aktivität der Rechtsberater im Vormärz, was sich in der hohen Zahl von juristisch gebildeten und großteils dem Stand der Anwaltschaft angehörenden Mitglieder der Frankfurter Nationalversammlung von 1848⁴⁸ manifestierte.

Die Zeit des politischen Umsturzes und des Drängens der Bürgerschaft nach Beteiligung an der Staatsmacht war auch die der Entstehung der ersten Anwaltsvereine in Deutschland. Ab 1830 entwickelten sich in allen deutschen Staaten Anwaltsvereine, deren Ausrichtung von reiner Kollegialitätsförderung bis hin zu politischem Engagement reichte⁴⁹. Der Erfolg der Vereine variierte jedoch sehr stark und so kam es auch vor, dass nach kurzen Anfangserfolgen die Mitgliederzahl wieder auf ein Minimum schrumpfte⁵⁰.

Die Anwaltsvereine engagierten sich für eine Reform des Gerichtswesens mit der Forderung nach Mündlichkeit, Öffentlichkeit und dem Entwurf einer Zivilprozessordnung⁵¹. Im Jahr 1844 fand in Mainz der erste An-

⁴⁵ Siegrist, S. 178/180.

⁴⁶ Weißler, S. 428.

⁴⁷ Weißler, S. 458.

⁴⁸ Weißler, S. 471 f.

⁴⁹ Siegrist, S. 361.

⁵⁰ Siegrist, S. 361 f.

⁵¹ Weißler, S. 503 f.

waltstag statt, 1848 wurde der Deutsche Anwaltsverein mit Sitz in Berlin gegründet⁵².

Im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bürgerte sich der Name Rechtsanwalt ein. Der Berufsstand wurde gefördert durch den nunmehr bestehenden Anwaltszwang vor Kollegialgerichten und der Mündlichkeit der Prozesse⁵³.

Bedingt durch die zunehmende Organisation der Anwälte und dem Zulauf zu diesem Berufsstand wurden die Forderungen nach der Bildung von verfassten Anwaltskammern und der gesetzlichen Regelung des Anwaltsberufes immer stärker. Als Ergebnis eines sich über Jahrzehnte hinziehenden Entwicklungsprozesses stand der Erlass der RAO von 1878, die der Anwaltschaft unter der Bezeichnung Rechtsanwalt ihre erste „einheitliche Verfassung“⁵⁴ gab. Einen vorläufigen Abschluss der verhältnismäßig rasanten Entwicklung des Standes der Rechtsanwälte bildete die Gebührenordnung im Jahre 1879. Die Regelung des Berufsstandes der Rechtsanwälte sollte zunächst in den Gesetzen der Gerichtsverfassung normiert werden, wurde aber als Sondergesetz in Form der RAO erlassen⁵⁵. Diese Regulationsform wurde auch bei Erlass der RRAO von 1936 und der BRAO von 1959 beibehalten, sodass die Stellung des Anwaltes auch heute noch als Sonderform in der Gerichtsgesetzgebung erscheint.

II. Der Rechtsanwalt in der Gegenwart

Was sind die typischen Berufsbilder der heutigen Jurisprudenz? Es gibt „nur noch eines, welches besonderer Erwähnung bedarf. Es ist das des Anwalts.“⁵⁶

⁵² Siegrist, S. 366.

⁵³ Weißler, S. 524.

⁵⁴ Weißler, S. 597.

⁵⁵ Borgmann/Haug³, § 2 Rdnr. 7.

⁵⁶ Hommelhoff/Müller-Graf/Ulmer, S. 2.

1. Der Berufsstand zu Beginn des 21. Jahrhunderts

Die Anwaltschaft hat sich zum Auffangbecken für die stetig steigende Zahl von Juristen entwickelt, welches inzwischen fast 80 %⁵⁷ der Absolventen aufnimmt. Die schon fast als „Flut“ zu bezeichnende Zahl derer, die eine Zulassung als Rechtsanwalt beantragen, hat die Justizministerkonferenz dazu veranlasst, eine Änderung der BRAO in Angriff zu nehmen und für die Zulassung eine mindestens einjährige Tätigkeit bei einem Rechtsanwalt vorauszusetzen⁵⁸.

Auszugsweise heißt es im Entwurf⁵⁹ zur Änderung des § 4 I BRAO:

„Zur Rechtsanwaltschaft kann nur zugelassen werden, wer nach den Vorschriften des Deutschen Richtergesetzes ein rechtswissenschaftliches Studium abgeschlossen hat und mindestens zwölf Monate bei einem zugelassenen Rechtsanwalt ausgebildet worden ist ...“⁶⁰

Angesichts der Tatsache, dass im Jahr 1960 die Zahl der zugelassenen Anwälte noch 18.000⁶¹ betrug, 1985 auf 40.000 und 1990 auf 75.900⁶² anstieg, 10 Jahre später auf 104.000⁶³ angewachsen ist und Ende 2001 bereits 110.367⁶⁴ im Bundesgebiet betrug, sind Überlegungen zur Zukunft der Anwaltschaft durchaus berechtigt. Nach den aktuellsten Statistiken der Bundesrechtsanwaltskammer für 2003 sind in Deutschland

⁵⁷ Ahlers, AnwBl. 1998, S. 68.

⁵⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes und der Bundesrechtsanwaltsordnung als Anlage zum Bericht des Ausschuss der Justizministerkonferenz zur Koordinierung der Juristenausbildung vom 11. bis 13. Juni 2001 in Trier, Art 2, 1. § 4 BRAO <http://www.justiz.nrw.de/JM/landesjustiz-pruefungsamt/aktuelles/pdf/gesetzentwurf.pdf>

⁵⁹ Der Entwurf wurde in diesem Punkt bisher noch nicht umgesetzt.

⁶⁰ Wie vor.

⁶¹ Helling, AnwBl. 2000, S. 706.

⁶² Heussen/Griebel, AnwBl. 2000, S. 386.

⁶³ Heussen/Griebel, AnwBl. 2000, S. 385.

⁶⁴ BRAK Statistik 2001, <http://www.brak.de>.

121.420 Anwälte zugelassen; im Jahr 2002 waren es noch 116.304, somit ein Zuwachs von 4,4 %.⁶⁵

Ausgehend von derzeit 130.000 in Ausbildung befindlichen Juristen ist mit einer Zahl von 150.000 Anwälten zum Ende des Jahres 2006 zu rechnen⁶⁶, wenn dies nicht sogar zu tief gegriffen ist.

Die neuen Möglichkeiten der Organisation der Rechtsanwälte in GmbH und Partnerschaft haben zunehmenden Zuspruch erfahren. Waren im Jahr 2002 noch 122 Rechtsanwalts-GmbHs registriert, so stieg deren Zahl im Jahr 2003 um 30,33 % auf 159 an; die Zahl der Partnerschaften nach dem PartGG stieg von 746 um 27,75 % auf 953.⁶⁷

Entgegen dem Bild der in der Öffentlichkeit stark präsenten Großkanzleien ist die Zahl der dort beschäftigten Anwälte relativ gering mit einer Gesamtzahl von 4.500 Angestellten und Partnern⁶⁸. Die Mehrheit der Anwälte arbeitet in Sozietäten von 4-20 Rechtsanwälten (12.000), 2-3 Rechtsanwälten (33.500) und vor allem immer noch als Einzelanwalt (56.000).⁶⁹

Die Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt geht immer stärker zur kleinen Sozietät, so dass in Zukunft die Zahl der allein tätigen Anwälte weiter abnehmen wird.⁷⁰ Die Gründe dafür liegen vor allem in der zunehmenden notwendigen Spezialisierung und der günstigeren Kostenstruktur.⁷¹

Einer der Gründe, warum die Anwaltschaft in den letzten 10 Jahren einen derart überproportionalen Zulauf hat, ist, dass trotz der steigenden Stu-

⁶⁵ BRAK Statistik für 2003, <http://www.brak.de>.

⁶⁶ Helling, AnwBl. 2000, S. 706.

⁶⁷ [Http://www.brak.de](http://www.brak.de).

⁶⁸ Heussen/Griebel, AnwBl. 2000, S. 388.

⁶⁹ Heussen/Griebel, AnwBl. 2000, S. 388.

⁷⁰ Heussen/Griebel, AnwBl. 2000, S. 388.

⁷¹ Heussen/Griebel, AnwBl. 2000, S. 389.

dentenzahlen und Absolventen nur ein sehr geringer Teil beim Staat bzw. in der Wirtschaft Beschäftigung findet⁷².

2. Die Stellung des Rechtsanwalts im heutigen Rechtsstaat

Der Berufsstand der Anwaltschaft in Deutschland ist – immer noch als Sondergesetz – in der BRAO von 1959 geregelt. Sie entstand über einen Zeitraum von 7 Jahren und war das Ergebnis einer breiten Diskussion, an welcher sich der Deutsche Anwaltsverein und die Rechtsanwaltskammer lebhaft beteiligten⁷³.

Die BRAO regelt zwar die Voraussetzungen der Zulassung zur Anwaltschaft und die Ausübung des Berufes in seinen grundlegenden Punkten, ist aber kein Berufsstandgesetz, sondern wurde ausdrücklich als Teil der Gerichtsverfassung erlassen⁷⁴.

Im Gegensatz zu der des Richters ist die Stellung des Rechtsanwalts nicht explizit im Grundgesetz geregelt. Dennoch wird der Institution des Rechtsanwaltes heute unbestritten eine Verfassungsgarantie zugeschrieben, allerdings mit unterschiedlichen Begründungen⁷⁵. Nach dem BVerfG wird die verfassungsmäßige freie Advokatur aus dem Recht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG abgeleitet⁷⁶, während in der Literatur auch das Rechtsstaatsprinzip⁷⁷ aus Art. 20 GG sowie das Grundrecht auf rechtliches Gehör⁷⁸ aus Art. 103 GG angeführt wird.

⁷² Hommelhoff/Müller-Graf/Ulmer-Rittershaus, S. 2.

⁷³ Henssler/Prütting-Koch, Einleitung Rdnr. 9.

⁷⁴ Henssler/Prütting-Koch, Einleitung Rdnr. 11.

⁷⁵ Borgmann/Haug³, § 2 Rdnr. 8.

⁷⁶ Zuerst BVerfG 15, S. 226; vgl. auch BVerfG NJW 1983, S. 1535; NJW 1988, S. 194; NJW 1993, S. 317.

⁷⁷ So z.B. Reifner, NJW 1984, S. 1154; Hartstang, Anwaltsrecht, S. 254.

⁷⁸ Vgl. Arndt, NJW 1967, S. 1332.

Alle Ansichten sind sich jedoch insoweit einig, dass die freie Advokatur eine „fundamental objektive Bedeutung“⁷⁹ hat, die durch ihre Fachkenntnis dem Recht auf rechtliches Gehör und Stellungnahme Nachdruck verleiht⁸⁰, sodass eine funktionelle Verbindung zwischen dem Rechtsanwalt und dem Grundrecht auf rechtliches Gehör besteht⁸¹.

Der verfassungsrechtlich geschützte Bereich der freien Advokatur umfasst den freien Zugang zum Beruf sowie das „ungefährdete Verbleiben“⁸² darin. Dagegen unterliegt die Berufsausübung den Einschränkungen durch regelnde Gesetze, vor allem durch die 1994 in grundlegenden Teilen reformierte BRAO.

Nach § 1 BRAO ist der Anwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege. Die Formulierung ist zunächst nicht aus sich selbst verständlich und wird z.T. als diffus und fragwürdig bezeichnet⁸³. Während die Deutung von § 1 BRAO im Extremfall nur als Begriffsbestimmung oder proklamatorische Erklärung verstanden wird⁸⁴, entnimmt der BGH der Formulierung konkrete Rechtspflichten des Anwalts, z.B. die Aufklärung der eigenen Partei auf Ansprüche gegen sich selbst⁸⁵.

Letztlich erscheint die Klärung dieser Frage für die Stellung der Rechtsanwälte im deutschen Rechtssystem nicht entscheidend, vielmehr sollte dem Bundesverfassungsgericht darin gefolgt werden, dass die freie Advokatur die grundlegende Ausgangsposition ist. Es besteht zumindest insoweit Einigkeit, dass der Rechtsanwalt gleichwertig neben Gericht und Staatsanwaltschaft und nicht unter ihnen steht.⁸⁶

⁷⁹ BVerfG NJW 1983, S. 1535.

⁸⁰ Arndt, NJW 1967, S. 1332.

⁸¹ Borgmann/Haug³, § 2 Rdnr. 9.

⁸² Borgmann/Haug³, § 2 Rdnr. 14.

⁸³ Kleine-Cosack³, § 1 Rdnr. 1.

⁸⁴ Vgl. Henssler/Prütting-Koch, § 1 Rdnr. 18.

⁸⁵ Borgmann/Haug³, § 3 Rdnr. 24; BGH VersR 1968, S. 1042 f.

⁸⁶ Henssler/Prütting-Koch, § 1 Rdnr. 76.

Wesentlich wichtiger als die Bezeichnung „Organ der Rechtspflege“ ist die der Unabhängigkeit. Das Vertrauen des Bürgers in eine rechtsstaatliche Rechtspflege hängt auch damit zusammen, dass es von Repressionen und Fremdbestimmung freie Berater gibt, die nur den Gesetzen unterworfen sind.

Mit der Unabhängigkeit ist zunächst die vom Staat gemeint, was dazu führt, dass der Anwalt für seine Mandantschaft als vertrauenswürdiger Sachwalter ihrer Interessen wirkt⁸⁷. Nicht zu vergessen ist jedoch, dass der Rechtsanwalt auch von seinem Mandanten unabhängig sein soll und im Idealfall auch ist, da er sonst seine Stellung als Förderer der Rechtsfindung einbüßt und lediglich zum Vollzugsorgan seiner Klientel wird. Für diesen Punkt gewinnt auch die Formulierung des „Organs der Rechtspflege“ wieder an Bedeutung, die die – an sich selbstverständliche – Bindung des Anwaltes an die geltenden Gesetze zum Ausdruck bringt⁸⁸ und den Rechtsanwalt trotz Verlustes zusätzlicher Gebühren z.B. daran hindert, trotz des ausdrücklichen Wunsches des Mandanten ein aussichtsloses Rechtsmittel einzulegen⁸⁹.

B Der Anwaltsvertrag

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich ausschließlich mit dem „Anwaltsvertrag“ i.e.S., womit das anwaltliche Mandat gemeint ist, und der daraus resultierenden Haftung. Der Rechtsanwalt wird grundsätzlich nicht daran gehindert, neben seiner Anwaltstätigkeit noch weitere Erwerbstätigkeiten auszuüben, abgesehen von den Tätigkeitsverboten der §§ 45, 46 BRAO.

Die Notwendigkeit der Festlegung, ob es sich um einen Anwaltsvertrag i.e.S. handelt oder um eine andere Tätigkeit des Anwalts, hat eine Vielzahl von Gründen, welche in ihrer Umfänglichkeit hier nicht alle dargestellt werden können. Zu den wichtigsten zählen die Anwendbarkeit der

⁸⁷ Borgmann/Haug³, § 3 Rdnr. 30.

⁸⁸ Borgmann/Haug³, § 3 Rdnr. 23.

⁸⁹ BGH NJW 1991, 2283, wonach der Anwalt in diesem Fall für die Kosten haftet.

BRAO, den Maßstab der erforderlichen Sorgfalt und die Verjährung von Haftungsansprüchen, da die Sonderregelung der Verjährung in § 51 b BRAO in der Regel nur für Mandate iSd § 3 BRAO (hier Anwaltsvertrag i.e.S. genannt) gilt, nicht für andere Tätigkeiten.⁹⁰

Hinzu kommt, dass bei einem echten Anwaltsvertrag i.e.S. das Berufsrecht der BRAO und der Berufsordnung (BORA) zu beachten ist und die Tätigkeit durch die bestehende Berufshaftpflicht abgesichert wird.⁹¹

Wird der Anwalt in seiner typischen Funktion als rechtlicher Beistand und Vertreter iSd § 3 BRAO tätig, so liegt ein Anwaltsvertrag i.e.S. vor⁹². Die Abgrenzung zu anderen Tätigkeiten wie Vermögensverwaltung, Makler oder Betreuer ist nicht immer einfach.

Ausgangspunkt muss zunächst die Frage sein, ob bei dem gegebenen Vertrag der Rechtsrat als Schwerpunkt vereinbart wurde oder ob dieser nur eine unwichtige Nebensache war⁹³. Auch der BGH ging bei der Abgrenzung zunächst davon aus, ob die Aufgabe des Rechtsbeistandes im Vordergrund gestanden hat⁹⁴. Von dieser Position hat sich der BGH in Entscheidungen neueren Datums gelöst und stellt nunmehr nicht auf den Faktor Schwerpunkt ab. Es komme vielmehr auf die Umstände im Einzelfall an.

Der BGH fasst seine geänderte Rechtsprechung zur Abgrenzung wie folgt zusammen:

„Die Rechtsberatung und –vertretung muss nicht der Schwerpunkt der anwaltlichen Tätigkeit sein. Ein Anwaltsvertrag ... kann auch anwaltsfremde Maßnahmen umfassen, falls diese in einem engen Zusammen-

⁹⁰ Borgmann/Haug³, § 6 Rdnr. 1.

⁹¹ Zugehör/Sieg, Rdnr. 106.

⁹² Zugehör/Sieg, Rdnr. 107.

⁹³ Borgmann³/Haug, § 6 Rdnr. 6; so auch die ältere Rechtsprechung des BGH NJW 1980, S.1855.

⁹⁴ BGH NJW 1955, S. 1922; NJW 1980, S. 1855 f.

hang mit der rechtlichen Beistandspflicht stehen und auch Rechtsfragen aufwerfen können. Etwas anderes gilt nur, wenn die Rechtsberatung und -vertretung völlig in den Hintergrund tritt und deswegen als unwesentlich erscheint. Lässt die Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles nicht die Feststellung zu, ob ein Anwaltsvertrag vorliegt oder nicht, so ist im Zweifel anzunehmen, dass derjenige, der die Dienste eines Rechtsanwalts in Anspruch nimmt, ihn auch in dieser Eigenschaft beauftragen will, weil er erwartet, dass der Rechtsanwalt bei seiner Tätigkeit auch die rechtlichen Interessen des Auftraggebers wahrnehmen werde.“⁹⁵

Dieser Ansicht des BGH kann nur zugestimmt werden. Wer einen Anwalt aufsucht, tut dies erfahrungsgemäß in der Absicht, Rechtsrat zu suchen bzw. ihm eine Angelegenheit zu übertragen, die ein hohes Maß an Rechtskenntnissen voraussetzt. Wäre dies nicht der Fall, so könnte auch eine andere Person mit der Angelegenheit betraut werden, die auf dem jeweiligen Gebiet Spezialist ist, wie z.B. Berufsmakler, Steuerberater oder Banken. Durch die Auslegungsregeln des BGH und der Vermutung eines Anwaltsvertrages i.e.S. in zweifelhaften Fällen wird auch ein gerechter Interessensausgleich erzielt. Der Anwalt ist – mit Ausnahme abweichender Vereinbarungen – an die BRAGO gebunden, ein Vorteil an Transparenz für den Mandanten und an Abrechnungsklarheit für den Anwalt. Es gilt das Berufsrecht und die Berufshaftpflicht tritt in etwaigen Schadensfällen ein, was beiden Parteien Sicherheit bietet.

Soweit im Folgenden von „Vertrag“ die Rede ist, ist damit immer der Anwaltsvertrag i.e.S. angesprochen, also stets derjenige zwischen Anwalt und Mandant gemeint. Diese einschränkende Vorbemerkung ist notwendig, da die Rechtsprechung auch vertragliche Beziehungen zu Dritten anerkannt hat, die jedoch eine Besonderheit darstellen und als eigenständiger Punkt unter Gliederungspunkt G. behandelt werden.

⁹⁵ BGH NJW 1998, S. 3486; NJW 1999, S. 3040; zur Entwicklung vgl. BGH NJW 1985, S. 2642; NJW 1994, S. 1405 ff.

I. Vertragsarten

Der Anwaltsvertrag ist nach allgemeiner Meinung ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB⁹⁶ und kann sowohl ein Dienst- als auch ein Werkvertrag sein. Die Unterscheidung der beiden Vertragsarten ist für die vertragliche Haftung des Anwalts von erheblicher Bedeutung, da die Pflichten des Schuldners je nach Vertragsart variieren und die Sanktionssysteme der beiden Verträge teilweise unterschiedlich strenge Voraussetzungen haben.

In der Praxis war die unterschiedliche Verjährung bei Gewährleistungsansprüchen und der pFv im alten Schuldrecht eine der wichtigsten Gründe für die Abgrenzung⁹⁷. Mit der Neufassung der Verjährungsregeln, des neuen Leistungsstörungenrechtes in den §§ 280 ff. BGB n.F. und der Überarbeitung des Werkvertragsrechts hat sich dies jedoch erübrigt. Die Tätigkeit des Anwalts produziert keine Sachen, weshalb die Ansprüche aus einem Werkvertrag nach § 634a I Nr. 3 BGB n.F. in der regelmäßigen Frist von 3 Jahren nach § 195 BGB n.F. verjähren. Der Beginn der Verjährung richtet sich nach § 199 BGB n.F.. Dieselben Regelungen gelten auch für §§ 280 ff. BGB n.F. und die Ansprüche aus dem Dienstvertrag, sodass eine exakte Abgrenzung aus diesem Grund überflüssig geworden ist. Zudem greift derzeit noch bei beiden Vertragsarten die Spezialregelung des § 51a BRAO ein, welcher als *lex specialis* die Regeln des BGB verdrängt.

Die Bedeutung der Abgrenzung für die Anwaltshaftung ergibt sich jedoch aus einem ganz anderen Grund und hat daher nach wie vor erhebliche Bedeutung⁹⁸. Der Dienstvertrag fordert vom Schuldner die Leistung sei-

⁹⁶ St. Rspr. BGH seit BGH VersR 1961, S. 467, vgl. auch Staudinger¹³/Martinek, § 675, C 2; MünchKomm³/Müller-Glöge, Bd. 4, § 611 Rdnr. 86; Zugehör/Sieg, Rdnr. 4.

⁹⁷ MünchKomm³/Soergel, Bd. 4, § 631 Rdnr. 9.

⁹⁸ a.A. Rinsche⁶, Rdnr. I 4, der die Grundsätze der Rechtsprechung zur Pflichtverletzung für ausreichend hält; aber auch die Rechtsprechung bedarf für ihre Entscheidungen der Grundlage des Gesetzes.

ner Dienste an sich, wogegen er beim Werkvertrag einen Erfolg schuldet. Tritt bei einem Vertrag zwischen Anwalt und Mandant ein Erfolg nicht ein, so haftet jener beim Werkvertrag, wohingegen bei einem Dienstvertrag eine Pflichtverletzung gegeben sein muss. Die Pflichten eines Anwalts variieren je nach Vertragsart, so dass eine klare Trennung notwendig ist.

1. Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag

Die Abgrenzung des Dienst- vom Werkvertrag ist kein spezifisches Problem des Anwaltsvertrages, sondern ein allgemeines, und im Detail äußerst diffizil.

Den beiden Vertragstypen ist zunächst gemeinsam, dass die Leistung nur gegen Entgelt erbracht wird, selbst wenn die Vergütung nicht ausdrücklich vereinbart wurde (§§ 612, 632 BGB).

Wie bereits oben ausgeführt, liegt der Wesensunterschied der Verträge in der geschuldeten Leistungspflicht. Beim Dienstvertrag ist der Schuldner nur verpflichtet, nach seinen Fähigkeiten und seiner Leistungsmöglichkeit tätig zu werden, wohingegen beim Werkvertrag ein Erfolg geschuldet wird. So einfach diese Abgrenzung klingt, ergeben sich im Detail erhebliche Schwierigkeiten. In vielen Fällen ist der Vereinbarung der Parteien nicht exakt zu entnehmen, ob der Schuldner wirklich nur zum tätig sein verpflichtet ist, oder ob nicht doch auch ein Erfolg geschuldet wird.⁹⁹

Letztlich ist diese Frage nur durch Auslegung des Vertrages zu entscheiden¹⁰⁰ und damit in erheblichem Maße vom Einzelfall abhängig. Dennoch lassen sich einige Grundregeln für die Abgrenzung aufstellen, an welchen die jeweilige Vereinbarung gemessen werden kann.

⁹⁹ MünchKomm³/Soergel, Bd. 4, § 631 Rdnr. 12; Staudinger¹³/Peters, Vorbem. §§ 631 ff. Rdnr. 21; Erman¹⁰/Seiler, Vor. § 631 Rdnr. 4.

¹⁰⁰ Soergel¹²/Teichmann, vor § 631 Rdnr. 12; Jauernig¹⁰/Schlechteriem, Vor § 631 Rdnr. 3.

Zunächst ist der Wille der Parteien und die Zweckbestimmung des Vertrages zu erkunden. Hat die Vereinbarung den Charakter eines Werkvertrages, so ist Werkvertragsrecht anzuwenden¹⁰¹. Desweiteren eignen sich auch Festlegungen über die Gefahrtragung und Risikoverteilung zur Abgrenzung¹⁰². Ist z.B. der Schuldner verpflichtet, die Vergütungsgefahr zu tragen, so spricht dies als Wesensmerkmal des Werkvertrages für einen solchen¹⁰³.

Nach den Umständen im Einzelfall lassen sich auch Rückschlüsse aus Vereinbarungen über die Art der Abhängigkeit des Schuldners vom Gläubiger, der Weisungsgebundenheit, der Vergütungsart oder der Leistungszeit ziehen¹⁰⁴.

2. Dienstvertrag § 611 BGB

Anhand der soeben dargestellten Kriterien ist der Anwaltsvertrag im überwiegenden Fall ein Dienstvertrag¹⁰⁵. Nach den obigen Ausführungen ergibt sich dies insbesondere aus der Tätigkeit des Rechtsanwalts als Prozessvertreter und außergerichtlicher Rechtsberater¹⁰⁶. Die Herbeiführung eines Erfolges ist in der forensischen Tätigkeit von Anbeginn an nicht zu versprechen, da stets Unwägbarkeiten gegeben sind. Nicht selten stellt sich erst im Laufe eines Prozesses die tatsächliche Sachlage in vollem Umfang dar und lässt eine bis dato aussichtsreiche Klage plötzlich als wenig erfolgversprechend erscheinen. Die Gründe hierfür sind mannigfal-

¹⁰¹ Soergel¹²/Teichmann, Vor § 631 Rdnr. 11; OLG Köln, MDR 1980, S. 667.

¹⁰² Staudinger¹³/Peters, Vorbem. zu §§ 631 ff. Rdnr. 24; MünchKomm³/Soergel, Bd. 4, § 631 Rdnr. 14.

¹⁰³ MünchKomm³/Soergel, Bd. 4, § 631 Rdnr. 14.

¹⁰⁴ Soergel¹²/Teichmann, vor § 631 Rdnr. 12; MünchKomm³/Soergel, Bd. 4, § 631 Rdnr. 15.

¹⁰⁵ Vollkommer, Anwaltshaftung, Rdnr. 2; Borgmann/Haug³, § 10 Rdnr. 22; Zugehör/Sieg, Rdnr. 4; Rinsche⁶, Rdnr. I 4; Staudinger¹³/Martinek, § 675 Rdnr. C 3, st. Rspr. BGH z.B. NJW 1965, S. 106.

¹⁰⁶ So auch Zugehör/Sieg, Rdnr. 6.

tig und reichen von fehlerhaften Informationen des Mandanten bis hin zu unvorhersehbaren Änderungen der Rechtsprechung.

Grundsätzlich verspricht der Rechtsanwalt die Betreuung einer Angelegenheit in vollem Umfang und gegebenenfalls die gerichtliche Durchsetzung¹⁰⁷. Zu Beginn der Tätigkeit kann in vielen Fällen nicht abgeschätzt werden, ob für die Durchsetzung der Rechte des Mandanten ein außergerichtliches Schreiben genügt, ein Vergleich möglich ist oder ob das Gericht angerufen werden muss. Die Vereinbarung eines Erfolges kann schon aus dieser auf mangelnder Information beruhenden Unsicherheit nicht möglich sein. Selbst wenn der Anwalt ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, kann es bei fehlender Liquidität des Schuldners sein, dass der Mandant sein Geld nicht bekommt, somit der für ihn einzig interessante Erfolg nicht eintritt.

Ein weiteres Merkmal des Dienstvertrages ist es, dass bereits das Tätigwerden den zu entlohnenden Leistungsinhalt darstellt (vgl. §§ 31, 118 BRAGO)¹⁰⁸.

Dasselbe gilt für Dauerberatungs- und Dauervertretungsmandate, da die Bearbeitung einer anfallenden Angelegenheit, die den Inhalt des Dauervertragsverhältnisses konkretisiert, an sich noch kein Erfolg ist¹⁰⁹. Gegenstand solcher Vertragsverhältnisse können sehr unterschiedliche Tätigkeiten sein, die keineswegs auf die Herbeiführung eines Erfolgs gerichtet sein müssen.¹¹⁰

¹⁰⁷ Zugehör/Sieg, Rdnr. 6.

¹⁰⁸ BGH NJW 1967, 720.

¹⁰⁹ OLG Hamm, NJW-RR 1995, S. 1530; BGH NJW 1970, S. 1597.

¹¹⁰ BGH NJW 1970, S. 2597, allerdings für die Steuerberater, was aber auf den Anwalt problemlos übertragen werden kann.

3. Werkvertrag § 631 BGB

Trotz des Vorangegangenen kann in Ausnahmefällen auch ein Werkvertrag zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten vorliegen¹¹¹.

Von der Rechtsprechung wurde im Fall der Beantwortung einer rechtlichen Einzelfrage¹¹², der Erstellung eines Gutachtens¹¹³ oder bei konkreten Vertragsgestaltungen¹¹⁴ das Vorliegen eines Werkvertrages angenommen. All diesen Entscheidungen liegt der Gedanke zugrunde, dass in diesen Fällen die Leistungspflicht auf einen Erfolg konkretisiert ist.

II. Modifikationen durch die Regelungen über die Geschäftsbesorgung und durch die BRAO

Bereits oben wurde kurz angesprochen, dass der Anwaltsvertrag nach heute allgemeiner Ansicht eine entgeltliche Geschäftsbesorgung iSd § 675 BGB ist.¹¹⁵

Eine Geschäftsbesorgung liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH¹¹⁶ dann vor, wenn *„eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art [ausgeübt wird], für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte, die ihm aber durch einen anderen [den Geschäftsführer] abgenommen wird.“*¹¹⁷ Diese Definition umschreibt genau die Tätigkeit des Rechtsanwaltes, der sich durch die Übernahme eines Mandats zur „selb-

¹¹¹ BGH NJW 1965, S. 106 bei Beantwortung einer konkreten Einzelfrage; Hartstang, Anwaltsrecht, S. 424.

¹¹² BGH NJW 1965, S. 106; OLG Düsseldorf VersR 1993, S. 702.

¹¹³ BGH NJW 1967, S. 719 f; bereits RGZ 162, S. 172 f.

¹¹⁴ OLG Köln, MDR 1980, S. 667 für Rechtsberatung durch Steuerberater.

¹¹⁵ Siehe bereits unter Punkt B.

¹¹⁶ Grundlegend BGH DB 1959, S. 168; BGHZ 45, S. 223, 228.

¹¹⁷ BGHZ 45, 229.

*ständigen wirtschaftlichen fremdnützigen Interessenswahrnehmung mit Vermögensbezug*¹¹⁸ verpflichtet.

Durch die Verweisung des § 675 I BGB auf einen Teil der Vorschriften des Auftragsrechts und die Sonderregelungen der BRAO erfährt der Anwaltsvertrag erhebliche Modifikationen, die im Folgenden kurz¹¹⁹ aufgeführt werden sollen und bei ihrer Einschlägigkeit für die jeweiligen Haftungsfragen ausführlicher behandelt werden.

Die wichtigsten Abweichungen vom allgemeinen Dienstvertrag sind:

- die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige, dass ein Auftrag nicht angenommen wird (§ 663 BGB, § 44 BRAO)
- die Freiheit des Anwalts, „unsinnige“ Weisungen durch den Mandanten nicht zu befolgen und nach Aufklärung anders zu handeln bzw. das Mandat niederzulegen¹²⁰ (§ 665 BGB, § 43a I BRAO)
- die Auskunftspflicht des Anwalts nach § 666 BGB, die auch das „auf dem Laufenden halten“ des Mandanten mit umfasst
- das Fortbestehen des Auftrags auch nach dem Tod des Mandanten (§ 672 BGB)
- die modifizierte Regelung der Verjährung von Ersatzansprüchen (§ 51 b BRAO)
- die spezielle Regelung der Vergütung in § 49 b BRAO iVm BRAGO und
- das Verbot von Erfolgshonoraren (§ 49 b II BRAO).

¹¹⁸ Staudinger¹³/Martinek, § 675, Rdnr. C 2; Jauernig¹⁰/Teichmann, § 675 Rdnr. 3.

¹¹⁹ Ausführlich Borgmann/Haug³, § 8 Rdnr. 2 ff; Hartstang, Anwaltsrecht, S. 425 ff.

¹²⁰ BGH NJW 1985, S. 42; ansonsten ist der Anwalt aber an die Weisungen des Mandanten gebunden; ausführlich dazu weiter unten.

III. Das Entstehen des Vertragsverhältnisses

1. Allgemeine Regeln

a) Angebot und Annahme

Der Anwaltsvertrag als entgeltliche Geschäftsbesorgung iSd § 675 BGB, welcher meistens in Form eines Dienstvertrages auftritt, kommt durch Angebot (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 BGB) zustande.

Für den Rechtsanwalt besteht dabei grundsätzlich - wie allgemein im Zivilrecht - kein Kontrahierungszwang; er ist also nicht gezwungen, ein ihm angetragenes Mandat zu übernehmen, was sich auch § 44 BRAO entnehmen lässt¹²¹.

Die Annahme des Vertrages obliegt meist dem Anwalt und erfolgt nicht immer ausdrücklich, vielmehr kommt der Vertrag des öfteren konkludent zustande. Als nach außen erkennbare Handlung, die auf diese Annahme schließen lässt, kommt z.B. die Einreichung eines Schriftsatzes oder die Wahrnehmung eines Termins in Frage¹²².

Allerdings kann nicht stets von einem konkludent geschlossenen Vertrag ausgegangen werden, daran sind erhöhte Anforderungen zu stellen¹²³. Dies muss nicht nur im Interesse des Mandanten geschehen, der zur Gebührenentrichtung verpflichtet wird, sondern auch im Interesse des Rechtsanwalts, da dieser für die Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages haftet. Auch im Interesse der Rechtssicherheit ist dies erforderlich¹²⁴.

Nach dem BGH ist ein Vertragsschluss durch konkludentes Verhalten „*nur gerechtfertigt, wenn das Verhalten eines Beteiligten von dem anderen bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach Treu und Glau-*

¹²¹ Hartung/Holl², § 44 BRAO, Rdnr. 6; BGH NJW 1971, S. 1801.

¹²² Borgmann/Haug³, § 12 Rdnr. 60; Hartstang, Anwaltsrecht, S. 429.

¹²³ Zugehör/Sieg, Rdnr. 11.

¹²⁴ BGH NJW 1991, S. 2085.

*ben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eindeutig und zweifelsfrei als eine auf den Abschluss eines Anwaltsvertrages gerichtete Willenserklärung aufzufassen ist.*¹²⁵

Damit scheidet ein Vertrag aus, wenn für den Anwalt erkennbar eine unverbindliche Anfrage gestellt wird¹²⁶. Allerdings ist hier Vorsicht geboten. Nicht selten kommt es vor, dass Mandanten beim Rechtsanwalt anrufen und nach ihrer Ansicht „unverbindlich“ die Meinung der Anwaltes zu einer Rechtsangelegenheit erkunden, tatsächlich aber eine Rechtsberatung stattfindet, die nicht unerheblichen Umfang hat, auch wenn aus Sicht des Anrufers nur einige kurze Auskünfte gegeben werden.

An diesem Beispiel zeigt sich, dass letztlich immer die Umstände des Einzelfalles entscheiden, ob in dem Verhalten des Mandanten ein Angebot gesehen werden kann und eine konkludente Annahme möglich ist¹²⁷.

b) Spezielle Formen des Vertragsschlusses

Durch den Einfluss der Europäischen Union auf das nationale Verbraucherrecht können sich in Zukunft im Bereich des Vertragsschlusses von Anwalt und Mandant Änderungen ergeben, die derzeit noch nicht absehbar sind.

Aufgrund der Regelungen über Fernabsatzverträge gemäß § 312 b I BGB n.F. können dem Anwalt noch mehr Informationspflichten obliegen als bisher der Fall und auch bereits bei der Vertragsanbahnung akut werden. Nach § 312 c BGB n.F. iVm § 1 BGB-InfoV muss der Anwalt, soweit er ein neues Mandat über Fernkommunikationsmittel generiert, umfangreiche Informationspflichten beachten und ist möglicherweise sogar einem Wi-

¹²⁵ BGH NJW 1991, S. 2086.

¹²⁶ Borgmann/Haug³, § 12, Rdnr. 62.

¹²⁷ Borgmann/Haug³, § 12 Rdnr. 63, mit einigen instruktiven Kriterien, die für die Abgrenzung hilfreich sein können.

derrufsrecht des Mandanten als Verbraucher iSd § 13 BGB nach § 312 d BGB n.F. ausgesetzt.

Nach § 312 b BGB n.F. sind Fernabsatzverträge Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt (§ 312 b I BGB n.F.).

Der Anwalt handelt beruflich stets in Ausübung einer selbständigen Tätigkeit und ist damit Unternehmer iSd § 14 BGB. Oft wird ein Mandat auch nur über e-mail, Brief, Telefax oder Telefon angenommen. Dies führt zwar dazu, dass auch überörtlich Mandate begründet werden können, z.B. über die Homepage der Kanzlei mit anschließendem vertiefendem Telefonat und Faxübermittlung der notwendigen Unterlagen, hat aber möglicherweise gravierende Auswirkungen auf die Pflichten des Anwalts.

Eine Kanzlei, die nach wie vor den persönlichen Kontakt zum Mandanten pflegt und pflegen muss, werden diese Ausführungen nicht betreffen, da das Gesetz in § 312b BGB n.F. fordert, dass der Vertrag im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Dienstleistungssystems erfolgen muss. Diese Voraussetzung wird derzeit kaum eine Kanzlei erfüllen. Allerdings entwickeln sich in letzter Zeit immer mehr „Anwalt-Hotlines“¹²⁸ oder auch Online-Rechtsberatungen, so dass diese Normen in Zukunft eine größere Rolle für den Anwaltsvertrag spielen werden als bisher.¹²⁹

¹²⁸ Dazu MünchKomm⁴/Wendehorst, Bd. 2a, § 312b Rdnr. 50; Jauernig¹⁰/Berger, § 312b Rdnr. 7.

¹²⁹ Vgl. zum Ganzen auch Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 47 ff.

c) Vertragspartner

Der Vertrag kommt üblicherweise zwischen einem Anwalt und seinem Mandanten zustande. Wie bereits oben ausgeführt, geht die Tendenz jedoch weg vom Einzelanwalt hin zu Anwaltssozietäten, deren Mitgliederzahl von zwei bis zu mehreren hundert variieren kann.

Dieser Entwicklung hat auch der Gesetzgeber Rechnung getragen und in der BRAO einige Regeln über den Zusammenschluss von Rechtsanwälten getroffen. Die ausdrückliche Erlaubnis zum Zusammenschluss enthält seit 1994 der § 59 a BRAO. In dieser Norm wird zwar das entstehende Gebilde nach dem Zusammenschluss Sozietät genannt, wann aber eine solche vorliegt, hat der Gesetzgeber offengelassen. Eine solche liegt dann vor, wenn die Anwälte nicht nur in einem gemeinsamen Gebäude tätig werden, sondern ihren Beruf derart gemeinsam ausüben, dass sie dem Interesse aller dienen, ihre Einrichtungen gemeinsam nutzen und für die Rechnung aller arbeiten, so also der Eindruck einer Einheit entsteht¹³⁰.

Die Anwaltssozietät ist in ihrer ursprünglichen Form eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts (GbR)¹³¹. Mittlerweile ist es den Anwälten auch gestattet, andere Gesellschaftsformen zu wählen, wie z.B. die Partnerschaftsgesellschaft, geregelt im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, die GmbH (§§ 59c ff. BRAO) oder die Europäische wirtschaftliche Interessensvereinigung (EWiV). Hier soll nur kurz auf die Sozietät als GbR eingegangen werden, da die übrigen Gesellschaftsformen sich zwar beginnen durchzusetzen, aber zahlenmäßig nach wie vor noch weit hinter der Rechtsform der GbR zurückliegen, dass sie hier vernachlässigt werden sollen.

Der Anwaltsvertrag kommt bei einer Sozietät nach heute ganz h.M. in Literatur und Rechtsprechung in der Regel mit allen Sozietätsmitgliedern

¹³⁰ BGHZ 56, 357.

¹³¹ BGH NJW 1996, S. 2859; BGHZ 56, S. 357; Zugehör/Sieg, Rdnr. 339; Staudinger¹³/Martinek, § 675 Rdnr. C 6.

zustande¹³², was das Gesetz seit der Reform 1994 in § 51a II BRAO ausdrücklich festgeschrieben hat. Trotz dieser Regelung richtet sich der Vertragsschluss immer noch nach den Vorschriften der GbR.

Nach der bahnbrechenden Entscheidung des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der GbR, in welcher sich der BGH der sog. Akzessorietätstheorie angeschlossen hat¹³³, scheint der fast ein Jahrhundert dauernde Streit über die Rechtsnatur und die Haftungsverfassung der GbR einen vorläufigen Abschluss gefunden zu haben¹³⁴. Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Problem der (Teil)Rechtsfähigkeit der GbR sowie den dogmatischen Grundlagen würde den Rahmen sprengen, weshalb nur die wesentlichen Punkte ausgeführt werden sollen.

Bisher war die h.M.¹³⁵ zur GbR die Theorie der Teilrechtsfähigkeit, verbunden mit der sog. Doppelverpflichtungstheorie, die auch der BGH¹³⁶ vertrat. Verträge, die im Namen der Gesamthand geschlossen wurden, banden danach die Gesellschafter nicht ohne weiteres, vielmehr vertrat, vereinfacht dargestellt, der nach außen handelnde Gesellschafter konkludent oder stillschweigend die anderen Gesellschafter, woraus sich die Haftungsgrundlage ergab.

Dieser Auffassung hat der BGH nun teilweise eine Absage erteilt, seine Rechtsprechung geändert und die Außen-GbR als teilrechtsfähig anerkannt, so dass die Verträge im Namen und für die Gesamthand geschlossen werden, für deren Verpflichtungen die Gesellschafter analog § 128 HGB persönlich haften¹³⁷. Die Schuldnerin des Anwaltsvertrages ist die

¹³² BGHZ 56, S. 359; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 51; Borgmann/Haug³, § 12 Rdnr. 57.

¹³³ BGH NJW 2001, S. 1056 ff.

¹³⁴ Oder wie Vollkommer es nennt, das Institut der GbR wurde „*vom Kopf auf die Beine*“ gestellt; Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 68

¹³⁵ MünchKomm³/Ulmer, Bd. 5, § 714 Rdnr. 23 ff; Habersack, JuS 93, 1 S. ff.

¹³⁶ Z.B. BGHZ, 72, S. 271; BGHZ 56, S. 357.

¹³⁷ BGH NJW 2001, S. 1057.

Gesellschaft, für deren Verpflichtungen die Mitglieder aus der akzessorischen Haftung nach § 128 HGB analog einzustehen haben¹³⁸.

Damit erhält die bisherige¹³⁹ Rechtsprechung zur regelmäßigen Verpflichtung aller Sozien aus dem Vertrag eine dogmatisch schlüssige Grundlage. Bisher ging der BGH davon aus, dass der Anwaltsvertrag alle Mitglieder verpflichtet. Bei Abschluss des Vertrages handle der Anwalt namens der Sozietät und verpflichte neben sich auch seine Sozien¹⁴⁰. Diese Ansicht wurde bisher der Auslegung der Willenserklärungen beim Vertragsschluss entnommen, wonach der Mandant die Kompetenz der gesamten Sozietät in Anspruch nehmen will und damit einverstanden ist, dass zur Bearbeitung des Falles eine Arbeitsteilung stattfindet¹⁴¹.

Ob der BGH für die Anwaltssozietät bei seiner bisherigen Rechtsprechung bleibt oder die gemeinsame Verpflichtung aus dem Vertrag aus den obigen Grundsätzen ableiten wird, bleibt abzuwarten. Zumindest steht jedoch fest, dass Mitglieder einer Außen-GbR analog § 128 HGB für die Verpflichtungen der Gesellschaft haften, sodass sich für die Haftung und ihre Grundlagen keine Unterschiede zum Einzelanwalt ergeben. Insoweit wird auf die Sozietät im Folgenden nicht mehr gesondert eingegangen.

Für das Handeln der Sozien für die GbR haftet die Gesellschaft nach § 278 BGB oder –nach neuester Rechtsprechung des BGH, der damit der Forderung aus der Literatur¹⁴² folgt – auch nach § 31 BGB.¹⁴³

Ein Sonderproblem kann nur angerissen werden, nämlich das der sog. Scheinsozietät¹⁴⁴. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH haften

¹³⁸ BGH NJW 2001, S. 1061.

¹³⁹ Grundlegend BGHZ 56, S. 355.

¹⁴⁰ BGHZ 56, S. 359.

¹⁴¹ BGHZ 56, S. 360.

¹⁴² Vgl. Karsten Schmidt, NJW 2001, 998 m.w.N.

¹⁴³ BGH WM 2003, 830

¹⁴⁴ Dazu ausführlich Schulte, Die Rechtsscheinhaftung im Gesellschaftsrecht der freien Berufe.

auch Nichtsozietätsmitglieder, also auch der angestellte oder freischaffende Anwalt, sofern er nach außen hin als Mitsozius auf dem Briefkopf oder Kanzleischild als solcher ausgegeben wird.¹⁴⁵ Damit haftet der angestellte Anwalt für Pflichtverletzungen der Sozietät nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung. Dies kann er nur dadurch vermeiden, dass er nachweisbar den Mandanten auf seine Stellung als Angestellter hinweist oder ein entsprechender Hinweis auf dem Briefkopf erfolgt. In der Praxis zeigt sich allerdings, dass derartige Hinweise unüblich und äußerst selten sind.¹⁴⁶

Kein Vertragspartner des Anwaltes wird die Rechtsschutzversicherung, soweit der Mandant eine solche abgeschlossen hat¹⁴⁷.

2. Abweichungen beim Anwaltsvertrag

a) Angebot und Annahme

Im üblichen Vertragsgeschäft ist es so, dass das Angebot für den Abschluss eines Vertrages von beiden Interessenten abgegeben werden kann und die Initiative nicht zuerst von einem der beiden ergriffen werden muss. Beim Anwaltsvertrag liegt dies etwas anders, da es dem Anwalt nach § 43 b BRAO verboten ist, Werbung mit dem Ziel der Anwerbung eines bestimmten Mandates zu machen. Dem Anwalt wird es so in den meisten Fällen verwehrt sein, von sich aus das Angebot auf einen Vertragsschluss abzugeben, die Initiative liegt also beim Mandanten¹⁴⁸.

Im Gegensatz zu allgemeinen Verträgen gibt es für den Anwalt außerhalb der §§ 134, 138 BGB weitere Verbote, ein Mandat zu übernehmen. Diese Ausnahmen sind in den §§ 45, 46 BRAO geregelt, wobei insbesondere die Interessenskollision hervorzuheben ist. Zudem besteht für einzelne Tätig-

¹⁴⁵ Vgl. BGH NJW 1999, 1225.

¹⁴⁶ Zum ganzen auch Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 80

¹⁴⁷ Borgmann/Haug³, § 12 Rdnr. 65.

¹⁴⁸ Rinsche⁶, Rdnr. I 6.

keiten ein Kontrahierungszwang in den §§ 48 – 49a BRAO, im Falle der Beiordnung im Prozess oder der Beratungshilfe (§§ 48, 49a BRAO) oder bei der Pflichtverteidigung (§ 49 BRAO). Trotz der „verordneten“ Übernahme des Mandats ist für ein wirksames Handeln des Anwalts der Abschluss eines Vertrages mit dem „zugeteilten“ Mandanten sowie die Erteilung einer Vollmacht notwendig.¹⁴⁹

b) Ablehnung des Mandats

Die Pflicht des Anwalts, bei einer ihm grundsätzlich freistehenden Ablehnung des Mandats dies unverzüglich dem Mandanten mitzuteilen, ergibt sich bereits aus den §§ 675, 663 BGB. Insoweit gilt für den Anwaltsvertrag keine Besonderheit.

Hingegen unterscheidet sich die Regelung des § 44 BRAO, welcher die Pflicht des § 663 BGB für den Anwaltsberuf konkretisiert, darin, dass in dieser Norm bereits der Schadensersatzanspruch bei einem Verstoß gegen die Anzeigepflicht geregelt ist. Die Verletzung dieser Pflicht führt zu einer Haftung aus culpa in contrahendo, die vor der Schuldrechtsreform in § 44 BRAO als Ausnahme vom allgemeinen Zivilrecht gesetzlich geregelt war.

IV. Durchführung des Vertrages

1. Allgemeines

Was der Anwalt aufgrund des Vertrages mit dem Mandanten zu leisten hat, ergibt sich aus der getroffenen Vereinbarung. So wird der Anwalt im Regelfall damit beauftragt, die Rechtsangelegenheit des Mandanten zu übernehmen und einer Lösung zuzuführen, ohne Nennungen eines konkreten Mittels, da der Mandant als juristischer Laie nicht in der Lage ist, eine bestimmte Vorgehensweise vorzuschreiben. Es kommt allerdings

¹⁴⁹ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 34.

auch vor, dass bereits Vorstellungen vorhanden sind, wie die Angelegenheit geregelt werden soll, ob z.B. nur ein außergerichtliches Vorgehen gewünscht ist und kein Rechtsstreit vor Gericht geführt werden soll oder nur bestimmte Aspekte des Falles bearbeitet werden sollen.

Vor einer weiteren Differenzierung, ob ein umfängliches oder nur ein beschränktes Mandat vorliegt, muss noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass beim Anwaltsvertrag streng zwischen dem Anwaltsvertrag an sich und der erteilten Vollmacht zu unterscheiden ist¹⁵⁰. Die Vollmacht legt das nach außen gerichtete „Können“ des Anwaltes fest, wohingegen die internen Pflichten des Anwaltes aus dem Vertragsinhalt folgen¹⁵¹. Darin liegt zwar keine besondere Erkenntnis, da dies ein allgemeiner Grundsatz ist¹⁵², für den Pflichtenumfang des Rechtsanwaltes spielt dies jedoch eine evident wichtige Rolle. Entscheidend für die Haftung aus dem speziellen Mandat ist immer das, was die Parteien im Innenverhältnis miteinander vereinbart haben.

Die Hauptpflichten des Anwaltes aus dem Vertrag, nämlich

- die Aufklärung des Sachverhalts,
- die darauf beruhende rechtliche Prüfung,
- die Belehrung des Mandanten über das Ergebnis
- sowie die Verhinderung von Nachteilen für den Mandanten

sind nur innerhalb des Rahmens der vertraglichen Vereinbarung zu leisten¹⁵³. Eine exakte Bestimmung des Mandatumfanges ist damit unentbehrlich für eine exakte haftungsrechtliche Beurteilung.

Die in der Praxis üblichen Vollmachtsformulare sind Vordrucke, welche den Anwalt nach außen hin meist zu jeder relevanten Rechtshandlung

¹⁵⁰ Borgmann/Haug³, § 14 Rdnr. 76.

¹⁵¹ BGH NJW 1971, S. 1802; Borgmann/Haug³, § 14 Rdnr. 76.

¹⁵² Palandt⁶¹/Heinrichs, Einf. v § 164 Rdnr. 2; Erman¹⁰/Brox, vor § 164 Rdnr. 6.

¹⁵³ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 520.

prozessualer und nichtprozessualer Art ermächtigen¹⁵⁴. Daraus kann aber kein grundsätzlicher Rückschluss auf die Innenpflichten aus dem Vertrag gezogen werden, die für die Haftung gegenüber dem Mandanten entscheidend sind¹⁵⁵. Das „Dürfen“ des Anwalts und auch gleichzeitig seine Pflicht zur Vornahme folgen aus dem Vertrag, für dessen Auslegung die erteilte Vollmacht gelegentlich hilfreich sein kann.

2. Umfängliches vs. beschränktes Mandat

Nachdem nun feststeht, dass sich die Pflichten des Anwaltes gegenüber dem Mandanten alleine aus dem Vertrag ergeben, bleibt zu erörtern, wann ein unbeschränktes Mandat mit einer Fülle von Aufklärungs- und Handlungspflichten besteht, wann nur ein beschränkter Pflichtenkreis besteht und ob dies durch ein beschränktes Mandat überhaupt möglich ist.

Ob ein beschränktes Mandat vorliegt oder die Pflichten des Anwalts vollumfänglich sind, ist Tatfrage¹⁵⁶ und damit von den Umständen des Einzelfalles abhängig¹⁵⁷.

Die Rechtsprechung des BGH zum umfänglichen Mandat ist sehr stringent. Sie geht von dem Grundsatz aus, dass der erteilte Auftrag grundsätzlich zu einer erschöpfenden rechtlichen Bewertung der Angelegenheit verpflichtet, die die Gegebenheiten und Umstände des Falles erschöpfend behandelt¹⁵⁸. Dies scheint eine kaum zu erbringende Leistung, wenn man die zunehmende Zahl an Gesetzen und deren Komplexität betrachtet, durch den Einfluss der EU noch verschärft. Auch die kaum mehr zu übersehende Rechtsprechung, die der Anwalt zu kennen hat¹⁵⁹, führt bei ei-

¹⁵⁴ Hartstang, Anwaltsrecht, S. 436; vgl. auch Borgmann/Haug³, § 14 Rdnr. 88.

¹⁵⁵ Borgmann/Haug³, § 14 Rdnr. 88.

¹⁵⁶ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 525.

¹⁵⁷ So auch BGH NJW 1988, S. 1080.

¹⁵⁸ St. Rspr. z.B. BGH NJW 1987, S. 1323; NJW 1988, S. 2881; NJW 1993, S. 3324.

¹⁵⁹ BGH NJW 1993, S. 3323 f.

nem derart umfassenden Auftrag zu einem kaum noch zu vermeidenden Haftungsrisiko.

Von einem umfassenden Mandat sieht der BGH nur ab, wenn der Auftraggeber eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er des Rechtsrats nur in einer bestimmten Richtung bedarf¹⁶⁰. Aber auch hier gewährt das höchste Zivilgericht dem Rechtsanwalt keinen Schutz vor Haftung. Selbst wenn ein beschränktes Mandat vorliegt, müssen dabei auch die Fakten berücksichtigt werden, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang damit stehen, auch wenn dies eigentlich nicht vom Auftrag umfasst wird¹⁶¹. Der Anwalt war in dieser Entscheidung¹⁶² mit der Prozessführung gegen einen Vertragspartner des Mandanten beauftragt. Trotz dieser Beschränkung hätte der Rechtsanwalt nach Ansicht des BGH aber auch die Verjährung von Ansprüchen gegen mögliche Dritte prüfen und auf diese Gefahr hinweisen müssen.¹⁶³

Zugehör entnimmt dieser Entscheidung jedoch keine Ausuferung der Pflichten, sondern ein von ihm so bezeichnetes erweitertes Mandat, das den Anwalt verpflichtet, einen möglichen weiteren Prozess gegen Dritte nicht zu gefährden¹⁶⁴. Dem wird man zustimmen müssen. Auch der BGH erkennt an, dass die Pflichten eines Anwaltes durch ein beschränktes Mandat vermindert werden können und sich der Pflichtenumfang nach den Umständen des Einzelfalles bestimmt¹⁶⁵.

Einen praktikablen und fundierten Vorschlag machen Borgmann/Haug, indem sie zwischen den eingeschränkten Hauptpflichten und den mit diesen in Zusammenhang stehenden Nebenpflichten unterscheiden.¹⁶⁶ Für

¹⁶⁰ St. Rspr. BGH NJW 1988, S. 1080, 1081; BGH NJW 1993, S. 2045; auch BGH NJW 1993, S. 1780.

¹⁶¹ BGH NJW 1993, S. 2045.

¹⁶² BGH NJW 1993, S. 2045.

¹⁶³ BGH NJW 2002, S. 1119; NJW 1993, S. 2045.

¹⁶⁴ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 526.

¹⁶⁵ BGH NJW 1988, S. 1081.

¹⁶⁶ Borgmann/Haug³, § 14 Rdnr. 80.

diese Nebenpflichten, wie z.B. drohende Verjährung bei Ansprüchen gegen Dritte, trifft den Anwalt nur eine Aufklärungspflicht, jedoch keine Handlungspflicht, da dies eine Hauptpflicht darstellt und deshalb Inhalt eines konkreten Auftrages sein muss¹⁶⁷.

Die Unterscheidung in Haupt- und Nebenpflichten, mit einer auf Aufklärung beschränkten Nebenpflicht, wird den Aufgaben des Anwalts gerechter als das vom BGH vertretene erweiterte Mandat, das den Anwalt im Zweifel zum Handeln zwingt, obwohl ein beschränktes Mandat vorliegt. Im Sinne der Rechtssicherheit für die Anwaltschaft sollte der Meinung von Borgmann/Haug der Vorzug gegeben werden.

Unter das beschränkte Mandat wird man auch fassen müssen, dass der Mandant für eine spezielle Regelung oder Prüfung eines im Rahmen eines allgemeinen Mandats auftretenden Mandats einen Spezialisten beauftragt. Was dieser dann entwirft oder entscheidet, ist vom allgemein mandatierten Anwalt grundsätzlich nicht zu prüfen.¹⁶⁸ Dies entbindet den Anwalt aber nicht von der Pflicht, den Mandanten vor Gefahren in dem Konzept zu warnen, die er erkennt und bei denen er davon ausgehen muss, dass der Mandant diese nicht selbst erkannt hat.¹⁶⁹ Damit kommt wieder die Unterscheidung von Borgmann/Haug in Haupt- und Nebenpflichten zum Ausdruck.

V. Beendigung des Vertrages

Mit Beendigung des Auftrages wird der Vergütungsanspruch des Rechtsanwaltes fällig (§ 16 BRAGO), was für einen Freiberufler von grundsätzlicher Bedeutung ist. Auch aus haftungsrechtlicher Sicht ist das Ende des Mandats für den Anwalt eine wichtige Zäsur. In § 51 b BRAO wird der Beginn der Verjährung von Ersatzansprüchen spätestens auf das Ende des Auftrages festgelegt.

¹⁶⁷ Borgmann/Haug³, § 14 Rdnr. 80.

¹⁶⁸ Vgl. BGH NJW 1997, S. 2168; NJW-RR 2001, S. 202 für den Steuerberater.

¹⁶⁹ BGH NJW-RR 2001, S. 202.

Dem Anwalt kann es jedoch wegen der Verletzung einer Sekundärpflicht verwehrt sein, sich auf diese Verjährung zu berufen. Der BGH hat entschieden, dass ein Anwalt, der eine Hauptpflicht des Vertrages verletzt, die Pflicht hat, den Mandanten bei gegebenem Anlass über daraus resultierende Schadensersatzansprüche gegen sich selbst aufzuklären und auf die drohende Verjährung dieses Anspruchs hinzuweisen¹⁷⁰. Unterlässt der Anwalt diese Nebenpflicht, so macht er sich einer weiteren Pflichtverletzung schuldig, die ihn daran hindert, die Verjährung des Anspruchs aus der Primärpflicht geltend zu machen¹⁷¹.

Die Pflicht zum Hinweis auf den Anspruch und die drohende Verjährung entsteht nur bis zur Beendigung des Mandats¹⁷², so dass auch das Ende des Mandats für die Verjährung eine ganz erhebliche Rolle spielt.

Mit dem Ende des Mandats hat der Rechtsanwalt seine Hauptpflicht zur Tätigkeit erfüllt und wird nach § 362 BGB frei. Allerdings bedeutet dies nicht, dass der Fall ad acta gelegt und vergessen werden kann. Den Anwalt treffen auch nach dem Ende des Vertrags Pflichten, deren Verletzung zum Schadensersatz führen kann. Dazu zählen die weiter bestehende Schweigepflicht (§ 203 I Nr. 3 StGB), nachvertragliche Mitteilungs- und Hinweispflichten¹⁷³ und sogar nachvertragliches Tätigwerden, soweit dadurch Schaden von dem ehemaligen Mandanten abgewendet werden kann¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Grundlegend BGH NJW 1987, S. 326.

¹⁷¹ BGH NJW 1987, S. 326.

¹⁷² BGH NJW 1987, S. 326.

¹⁷³ BGH NJW 1997, S. 254; in dieser Entscheidung beschränkt der BGH die Pflicht bei Beendigung aber auf den Hinweis auf unmittelbar ablaufende Fristen. Auf die weitere sachdienliche Behandlung der Angelegenheit oder das weitere sinnvolle Vorgehen muss er nicht hinweisen. Für den Steuerberater ebenso BGH NJW 2001, S. 1645.

¹⁷⁴ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 82; Borgmann/Haug³, § 15 Rdnr. 109; Rinsche⁶, Rdnr. I 35.

Besondere nachvertragliche Pflichten ergeben sich in den Fällen, in welchen eine Prozessvollmacht erteilt wurde. Zwar erlischt die Vollmacht im Innenverhältnis grundsätzlich mit dem Ende des Auftrags (§ 168 BGB); da diese dem Gegner oder bei Gericht jedoch schriftlich vorgelegt wurde, greifen die Ausnahmen der §§ 171 ff BGB. Für die Prozessvollmacht bestimmt § 87 ZPO, dass die Außenwirkung erst erlischt, wenn dies ausdrücklich angezeigt oder ein neuer Anwalt bestellt wird.

Daraus folgt, dass der Anwalt von der Vollmacht zwar keinen Gebrauch mehr machen darf, es aber nach Beendigung des Mandats immer noch kann. Tut er dies, so treffen ihn die vollen Pflichten wie bisher¹⁷⁵. Zudem erscheint der Anwalt durch die schriftlich vorgelegte Vollmacht immer noch als legitimierter Vertreter, sodass Dritte sich berechtigt fühlen, an den Anwalt als z.B. Zustellungsbevollmächtigten Schriftstücke zu leiten. Gerade hier trifft den Anwalt die Pflicht, einen möglichen Schaden von seinem ehemaligen Mandanten abzuwenden¹⁷⁶.

1. Beendigung durch Erledigung des Auftrags

Ein Anwaltsdienstvertrag endet mit der Erledigung des Auftrags¹⁷⁷. Dies ist dann der Fall, „wenn keine weiteren Handlungen mehr von dem Anwalt zu erwarten sind“¹⁷⁸. Ein Indiz für die Erledigung ist, dass der Anwalt seine Kostenrechnung übersendet und damit zu erkennen gibt, dass für ihn die Angelegenheit abgeschlossen ist.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 84.

¹⁷⁶ Borgmann/Haug³, § 15 Rdnr. 112.

¹⁷⁷ BGH NJW 1979, S. 265; BGH NJW 1996, S. 2930.

¹⁷⁸ BGH NJW 1979, S. 265; BGH VersR 1963, S. 436.

¹⁷⁹ BGH NJW 1979, S. 265; BGH NJW 1996, S. 662; bereits BGH, LM § 675 BGB Nr. 99.

Mit diesen Aussagen ist allerdings nicht viel gewonnen, da diese nur allgemein gehalten bzw. Indizien sind, letztlich aber immer eine Entscheidung im Einzelfall getroffen werden muss¹⁸⁰.

Relativ genau lässt sich das Ende eines Anwaltsdienstvertrages nur bei einer Beauftragung mit der Prozessführung bestimmen. Das Mandat endet dann grundsätzlich – abgesehen von einer abweichenden Vereinbarung – mit dem Abschluss der Instanz, dem Übersenden der Ausfertigung an den Mandanten und einer abschließenden Erklärung des Urteiles mit den nötigen Belehrungen¹⁸¹.

Hat der Anwalt dies getan, ist er im Grundsatz nicht dazu verpflichtet, auch bei Schweigen des Mandanten nachzufragen, ob die übersandte gerichtliche Entscheidung angekommen ist oder ob der Mandant Rechtsmittel einlegen will.¹⁸²

Erst bei Hinzutreten besondere Umstände ist der Anwalt zu unbeauftragtem Handeln bzw. zur Nachfrage verpflichtet, so z.B. wenn der Anwalt aus einem Parallelverfahren des Mandanten weiß, dass gegen die Entscheidung des Gerichts ein Rechtsmittel gewünscht wird. Dann ist der Anwalt verpflichtet, bei ergangenem erstem Versäumnisurteil zumindest nachzufragen, ob Einspruch eingelegt werden soll.¹⁸³

2. Beendigung durch Kündigung des Mandats

Der Rechtsanwalt leistet, wie bereits oben festgestellt, aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und dem Mandanten

¹⁸⁰ So auch stets der BGH z.B. NJW 1979, S. 265; zum Ganzen, Zugehör/Sieg Rdnr. 52 ff.

¹⁸¹ BGH NZA 2002, S. 448; NJW 1997, S. 1312; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 74.

¹⁸² BGH NJW 2002, S. 290; NZA 2002, S. 448.

¹⁸³ BGH NJW 2002, S. 290.

Dienste höherer Art, so dass eine außerordentliche fristlose Kündigung nach § 627 I BGB grundsätzlich von beiden Seiten aus möglich ist.

Aus § 627 II BGB ergibt sich, dass für den Anwalt und den Mandanten unterschiedliche Anforderungen an die Kündigung gestellt werden, weshalb im Folgenden die Kündigungen durch die beiden Parteien getrennt dargestellt werden müssen.

a) Kündigung durch den Rechtsanwalt

Grundsätzlich sind beide Parteien zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegen müsste¹⁸⁴.

Für den Dienstverpflichteten, sprich den Anwalt, gilt für diesen Grundsatz die Einschränkung, dass er ohne wichtigen Grund nicht zur Unzeit kündigen darf (§ 627 II BGB). Mit der Unzeit ist gemeint, dass der Mandant vor der Einstellung der Arbeit durch den Anwalt keine Gelegenheit hat, sich um einen neuen Rechtsberater zu kümmern. Zu beachten ist dabei, dass es für die Bestimmung der Unzeit nicht auf den Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung, sondern auf die tatsächliche Beendigung des Dienstverhältnisses ankommt¹⁸⁵.

Für den Anwalt bedeutet das z.B., dass er nicht unmittelbar vor Prozessbeginn das Mandat niederlegen darf oder bei Notwendigkeit einer anstehenden Fristwahrung aktiv bleiben muss.¹⁸⁶

Verstößt er dagegen, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, macht er sich nach § 627 II 2 BGB schadensersatzpflichtig. Allerdings kann die strenge Voraussetzung des § 626 I BGB, die Unzumutbarkeit der Fortset-

¹⁸⁴ MünchKomm³/Schwerdtner, Bd. 4, § 627 Rdnr. 13; Soergel¹²/Kraft, § 627, Rdnr. 1; Erman¹⁰/Belling, § 627 Rdnr. 1.

¹⁸⁵ Staudinger¹³/Preis, § 627 Rdnr. 28.

¹⁸⁶ Erman¹⁰/Bellinger, § 627 Rdnr. 9; OLG Frankfurt, VersR 1991, S. 897.

zung des Vertragsverhältnisses, nicht unreflektiert auf § 627 II BGB angewendet werden.

Die Erschütterung des Vertrauens ist in § 627 BGB der zentrale Kündigungsgrund. Es ist deshalb darauf abzustellen, ob dieses derart erschüttert ist, dass auch bei gerade noch zumutbarer Fortsetzung trotzdem ein wichtiger Grund iSd § 627 II BGB gegeben ist¹⁸⁷. Wäre dies nicht so, hätte eine eigenständige Regelung in § 627 II BGB unterbleiben können, da sonst § 626 BGB eingreifen würde¹⁸⁸. Ein wichtiger Grund nach § 627 BGB ist deshalb immer dann gegeben, wenn nach den Umständen des Einzelfalles unter Abwägung der gegenseitigen Interessen eine unmittelbare Beendigung des Mandats gerechtfertigt erscheint, auch wenn der Auftraggeber keine Zeit mehr hat, sich adäquaten Ersatz zu verschaffen.¹⁸⁹

Ein instruktives Beispiel des OLG Hamburg wird von Borgmann/Haug genannt, in welchem ein außerordentliches Kündigungsrecht des Anwalts trotz „Unzeit“ angenommen wurde, weil der Mandant nach dem Abschluss der 1. Instanz seine Gebührenrechnung nicht bezahlt hatte und für die Berufung keine Erfolgsaussichten bestanden¹⁹⁰. Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant wird letztlich auch dadurch bestimmt, dass jede Partei auf die Zuverlässigkeit des anderen vertrauen darf und bei einer Erschütterung dieser Vertrauensgrundlage ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt.

¹⁸⁷ Vollkommer, *Anwaltshaftungsrecht*, Rdnr. 78; Zugehör/Sieg Rdnr. 82 m.w.N.; a.A. Borgmann/Haug³, § 15 Rdnr. 102, die jedoch nicht begründet wird.

¹⁸⁸ Staudinger¹³/Preis, § 627 Rdnr. 31.

¹⁸⁹ Vollkommer, *Anwaltshaftungsrecht*, Rdnr. 78; ihm folgend Zugehör/Sieg, Rdnr. 82; ähnlich Staudinger¹³/Preis, § 627 Rdnr. 31; eine Entscheidung eines Obergerichts zu dieser Problematik ist bis dato noch nicht zugänglich.

¹⁹⁰ Borgmann/Haug³, § 15 Rdnr. 103 mit weiteren Beispielen.

b) Kündigung durch den Mandanten

Den oben genannten Einschränkungen unterliegt die Kündigung des Mandanten nicht. Er kann jederzeit das Vertragsverhältnis beenden, wobei jedoch zu beachten ist, dass er nach § 628 I 1 BGB die bereits erbrachte Leistung zu vergüten hat, Ausnahmen sind in § 628 I 2 BGB geregelt.

Im neuen Schuldrecht, das seit dem 01.01.2002 gilt, tritt eine weitere Möglichkeit des Mandanten hinzu, das Schuldverhältnis zu beenden. Nach § 323 BGB n.F. kann der Gläubiger eines gegenseitigen Vertrages im Falle einer Schlechtleistung des Schuldners vom Vertrag zurücktreten. Damit kann sich der Mandant von dem Anwaltsvertrag lösen, sobald der Rechtsanwalt einen Fehler begeht, der als Schlechtleistung zu qualifizieren ist und als nicht unerheblich eingestuft werden kann (§ 323 V 2 BGB n.F.). Daneben kann er nach § 325 BGB n.F. auch noch Schadensersatz geltend machen.

Der Rücktritt steht dem Mandanten nach § 323 I BGB n.F. schon dann zu, wenn der Anwalt eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt und eine erfolglose Frist nach § 323 I BGB n.F. gesetzt hat, wobei es auf ein Vertretenmüssen des Anwalts nicht ankommt.¹⁹¹

So wäre z.B. denkbar, dass ein Anwalt ein Mandat zwar annimmt, dieses aber unbearbeitet lässt. Da das Tätigwerden zu den Hauptleistungspflichten des Anwalts aus dem Dienstvertrag gehört, hat der Mandant die Möglichkeit, dem Anwalt eine Frist zu setzen, nach deren Ablauf er vom Vertrag nach § 323 I BGB n.F. zurücktreten kann. Der Anwalt verliert damit auch seinen Vergütungsanspruch nach den §§ 323, 346 BGB n.F. Daneben kann der Mandant nach § 325 BGB n.F. auch noch Schadensersatz geltend machen.

¹⁹¹ Zugehör, Rdnr. 193.

c) Widerruf

Durch die Einführung der europarechtlich bedingten Verbraucherschutzregelungen kommt nunmehr auch ein Widerruf des Mandanten z.B. nach § 312b BGB n.F.¹⁹² iVm § 355 III BGB n.F. in Betracht.¹⁹³

d) Weitere Beendigungsgründe

Das Mandatsverhältnis endet ebenfalls bei Tod des Anwaltes nach den §§ 675, 673 BGB. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der Verstorbene Mitglied einer Sozietät war, da der Vertrag mit der GbR geschlossen wurde und die verbleibenden Anwälte weiterhin zur Leistung verpflichtet und fähig sind.

Ebenso erlischt der Vertrag nach § 115 InsO bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens¹⁹⁴.

c Die Pflichten des Anwalts aus dem Vertrag

In der Praxis ist die Haftung des Rechtsanwaltes in den allermeisten Fällen auf eine Pflichtverletzung zurückzuführen, die bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen von c.i.c und pFv bzw. § 280 I BGB n.F. zum Schadensersatz verpflichtet¹⁹⁵.

¹⁹² Siehe dazu auch B. III. 1) b)

¹⁹³ Dazu Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 127, die allerdings noch davon ausgehen, dass das Widerrufsrecht nach 6 Monaten gem. § 355 III 1 BGB erlischt. Durch die Rechtsprechung des EuGH („Heininger“, NJW 2002, S. 281) war der Gesetzgeber gezwungen, das gerade erst verkündete Gesetz zu ändern und in § 355 III 3 BGB n.F. zu regeln, dass bei nicht ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung keine Verfristung eintritt. Der Widerruf kann also auch noch Jahre später erfolgen!

¹⁹⁴ BGH MDR 1964, S. 50 noch zu § 23 I KO; ebenso Borgmann/Haug³, § 15 Rdnr. 107.

¹⁹⁵ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 87; Zugehör/Fischer, Rdnr. 992.

Aus diesem Grund ist es sinnvoll, außerhalb der konkreten Anspruchsnormen den großen Pflichtenkreis des Rechtsanwalts darzustellen, um zunächst einen Überblick darüber zu gewinnen, was dieser zu leisten und zu beachten hat. Der oben¹⁹⁶ gegebene kurze Überblick über die Hauptpflichten soll im Folgenden präzisiert und konkretisiert werden.

Die Haftung des Anwalts wegen Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, sei es eine Hauptleistungs-, Nebenleistungs- oder Nebenpflicht, ist in ihrer Formulierung sehr abstrakt und sagt an sich nichts Näheres über die Haftungsgrundlage aus. Um überhaupt die Verletzung einer Pflicht feststellen zu können, muss zunächst der Kanon der Pflichten eines Rechtsanwaltes aus dem Mandat ermittelt werden.

Schon aus Gründen der Rechtssicherheit ist es angezeigt, einen – vom Einzelfall unabhängigen – abgrenzbaren und verlässlichen Pflichtenkreis aufzuzeigen, um dem Anwalt die Möglichkeit zu bieten, seine Haftungsrisiken zu minimieren. Selbstverständlich kann es keine verbindliche „Checkliste“ derart geben, dass der Anwalt bei deren Einhaltung seine Haftung gänzlich ausschließt. Jedes Mandat hat seine Eigenheiten und fordert auch bei vergleichbaren Sachverhalten stets ein anderes rechtliches Vorgehen. Jedoch liegt den allermeisten Fällen ein stets gleiches Schema zugrunde, dessen exakte Abarbeitung das Risiko von gravierenden Fehlern zu vermeiden hilft.

Borgmann/Haug bringen die Problematik wie folgt auf den Punkt:

„Wollen wir die Pflichten des Anwalts erfassen, so helfen allgemeine Definitionen ebenso wenig wie der konkrete Fall. Der allgemeine Grundsatz ist zu abstrakt, der Einzelfall zu singulär bei den unabsehbar vielen Möglichkeiten von Anwaltpflichten, die zudem noch nach den jeweiligen besonderen Umständen verschieden zu beurteilen sind. Will man sich nicht

¹⁹⁶ Siehe B IV 1.

*in seiner verwirrenden Kasuistik verlieren, sind Grundsätze unentbehrlich.*¹⁹⁷

Grundsätzlich beginnt jedes Mandat damit, dass der Mandant mit dem Rechtsanwalt Kontakt aufnimmt und ihm sein Anliegen schildert. In dieser Phase geht es zunächst darum, den Sachverhalt möglichst umfassend zu ermitteln und den Mandanten zu veranlassen, die rechtlich entscheidenden Informationen preiszugeben. Dies ist eine der schwierigsten Aufgaben, da der Mandant im Normalfall juristischer Laie ist und oft andere Dinge für wesentlich hält als zur Falllösung notwendig sind. Nicht selten übersieht der Klient in seiner emotionalen Betroffenheit Einzelheiten, die sich später als elementar erweisen und schlimmstenfalls das gesamte Vorgehen zum Scheitern bringen.

Bereits hier können Hinweise auf mögliche zu wahrende Fristen (z.B. §§ 4, 7 KSchG) oder vorzunehmende Willenserklärungen (Kündigung zu einem bestimmten Zeitpunkt) angezeigt sein.

Es folgen die rechtliche Prüfung des Falles sowie das aus dem Ergebnis resultierende Vorgehen, welches von der Mitteilung der Aussichtslosigkeit des Begehrens des Mandanten über außergerichtlichem bis zu gerichtlichem Tätigwerden reicht. In jeder dieser Phasen ergeben sich Pflichten des Anwalts, die in den meisten Fällen zumindest ähnlich sind und sich daher in verschiedene Kategorien einteilen lassen.

I. Vorvertragliche Pflichten

Bereits vor Beginn einer vertraglichen Beziehung obliegt dem Anwalt die Pflicht, wegen seiner besonderen Vertrauensstellung im Rechtssystem¹⁹⁸ dem Mandanten unverzüglich anzuzeigen, wenn er die ihm angetragene Angelegenheit nicht zu übernehmen gedenkt (§ 44 BRAO).

¹⁹⁷ Borgmann/Haug³, § 16 Rdnr. 3.

¹⁹⁸ Siehe A. II. 2.

Der Rechtsanwalt hat ebenso die Pflicht, die Interessen des zukünftigen Mandanten zu wahren, wenn ihm dieser durch das Gericht beigeordnet wird (§§ 48, 49 BRAO), auch wenn der grundsätzlich notwendige Anwaltsvertrag noch nicht geschlossen wurde¹⁹⁹.

Daneben bestehen jedoch vorvertraglich nur ausnahmsweise und in sehr begrenztem Umfang weitere Pflichten, denn die umfassende Beratungspflicht, wie sie der BGH in ständiger Rechtsprechung betont, tritt erst im Rahmen des erteilten Mandats ein.²⁰⁰

So ist der Anwalt grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, auf die Entgeltlichkeit seiner Tätigkeit hinzuweisen, da dies von niemandem erwartet werden kann und die Gebührenordnung allgemein zugänglich ist²⁰¹. Nur wenn der Mandant gezielte Fragen nach den Gebühren stellt, ist der Anwalt verpflichtet, wahrheitsgemäß zu antworten.²⁰² Zudem kann es bereits vor der Beauftragung angezeigt sein, den Mandanten auf eine wirtschaftlich unvernünftige Vorgehensweise hinzuweisen, da das angestrebte Ziel und die anfallenden Kosten in keinem angemessenen Verhältnis mehr zueinander stünden²⁰³. Wenn sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalles und bei einer anzustellenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und des Umfangs der anwaltlichen Aufgabe ergibt, dass einem *„ungewöhnlich hohen Gegenstandswert und sich daraus ergebende hohe Gebühren, die das vom Auftraggeber angestrebte Ziel wirtschaftlich sinnlos machen können, andererseits die Bedeutung der Angelegenheit für den Mandanten sowie dessen Vermögensverhältnisse und Erfahrung im Umgang mit Rechtsanwälten“*²⁰⁴ gegenü-

¹⁹⁹ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 512; dazu ausführlich Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 57 ff.

²⁰⁰ BGH NJW 1995, S. 2842; BGH NJW 1998, S. 137.

²⁰¹ Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/¹⁵Madert, § 1 Rdnr. 9; BGH NJW 1998, S. 137; BGH NJW 2000, S. 1650.

²⁰² BGH NJW 1980, S. 2130.

²⁰³ BGH NJW 1998, S. 137.

²⁰⁴ BGH NJW 1998, S. 3487.

berstehen, folgt aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine dahingehende Aufklärungspflicht.

Bereits vor dem Vertragsschluss kann der Anwalt verpflichtet sein, während eines ersten Sondierungsgespräches erkannte Gefahren herauszustellen und gegebenenfalls Maßnahmen zu ergreifen, die den Mandanten vor künftigem Schaden bewahren.²⁰⁵ Bei der Anbahnung eines Vertragsverhältnisses bestehen für beide Parteien Rücksicht-, Fürsorge- und Loyalitätspflichten, die sich aus der Gewährung von in Anspruch genommenem Vertrauen ergeben²⁰⁶. Für den Anwalt, der ein bereits festgestelltes besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, folgt daraus die Pflicht, in solchen Fällen unmittelbar tätig zu werden und Schaden zu verhindern.

Denkbar ist z.B. die Wahrung von unmittelbar ablaufenden Fristen bei Verjährung oder Kündigung, das Ausüben eines Gestaltungsrechts wie Anfechtung oder Widerruf. Allerdings muss m.E. beachtet werden, dass mit dem Mandanten noch kein Vertrag besteht und somit dem Anwalt auch nur in tatsächlich sehr eiligen Fällen ein Handeln abverlangt werden kann.

Abschließend sei nochmals an die ständige Rechtsprechung des BGH erinnert, der im vorvertraglichen Bereich nur in Ausnahmefällen eine Handlungspflicht des Anwalts anerkennt²⁰⁷.

II. Sachverhaltsaufklärung

1. Pflichten des Mandanten

Bisher war nur von den Pflichten des Anwalts und seiner besonderen Vertrauensstellung gegenüber dem Mandanten die Rede. Selbstverständlich

²⁰⁵ Hartstang, Anwaltsrecht, S. 514

²⁰⁶ Ballerstedt, AcP 151, S. 506, 507; RGZ 120, S. 251; BGHZ 60, S. 226.

²⁰⁷ BGH NJW 1998, S. 137.

hat auch der Mandant Pflichten gegenüber seinem Vertragspartner, vor allem, dem Vertrauen des Anwalts in die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Sachverhaltsdarstellung Rechnung zu tragen.

Dem Rechtsanwalt ist eine kompetente und vor allem korrekte Bearbeitung des Falles nur möglich, wenn er die dazu notwendigen Fakten kennt und sich auf ihren Wahrheitsgehalt verlassen kann. Insoweit obliegen dem Mandanten vorvertraglich dieselben Rücksichts- und Loyalitätspflichten wie dem Anwalt.

Nach Vertragsschluss stellt die Informationspflicht des Mandanten eine seiner wesentlichen Vertragspflichten dar²⁰⁸. Er hat seinen Rechtsanwalt vollumfänglich über die tatsächlichen Gegebenheiten zu unterrichten und ihm die vorhandenen Unterlagen vollständig zur Verfügung zu stellen²⁰⁹. Der Anwalt darf sich grundsätzlich auf die Angaben tatsächlicher Art seines Klienten verlassen und ist nicht dazu verpflichtet, eigene Nachforschungen anzustellen²¹⁰ (zu den Ausnahmen siehe nächster Punkt). Er muss sich nicht um Aufklärung von Vorgängen bemühen, die weder nach den vom Auftraggeber erteilten Informationen noch aus Rechtsgründen in einer inneren Beziehung zu dem Sachverhalt stehen, aus denen der Mandant einen Anspruch herleiten will.²¹¹

Erfüllt der Mandant seine Pflicht zur wahrheitsgetreuen und vollständigen Darlegung der tatsächlichen Umstände seiner Rechtsangelegenheit nicht, so fällt ihm ein Mitverschulden (§ 254 BGB) zur Last, das in extremen Fällen einen möglichen Schadensersatz gegen den Anwalt zur Gänze entfallen lässt.²¹²

²⁰⁸ BGH NJW 1997, S. 2170; BGH NJW 1982, S. 437; Borgmann/Haug³, § 17 Rdnr. 9; Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 155.

²⁰⁹ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 537 m.w.N.

²¹⁰ St. Rspr. BGH NJW 1991, S. 2841; BGH NJW 1998, S. 2049.

²¹¹ BGH NJW 2002, S. 1413; NJW 1997, S. 2169.

²¹² Rinsche⁶, Rdnr. I 83; BGH NJW-RR 1995, S. 252; BGH NJW 1996, S. 2932.

2. Pflichten des Rechtsanwalts

Eine der wichtigsten Aufgaben des Anwaltes ist es, sich ein möglichst vollständiges und umfassendes Bild von den Umständen zu machen, die er in rechtlicher Hinsicht prüfen und auf Grund derer er dem Mandanten raten soll.

Wie bereits festgestellt, ist er dabei auf die Mithilfe des Mandanten angewiesen und muss sich auf die erhaltenen Informationen verlassen können. Ihn trifft so lange keine Nachforschungspflicht, als er „arglos“ ist, d.h. die Unrichtigkeit von Informationen nicht kennt oder nicht kennen muss²¹³. Allerdings nimmt dieser Grundsatz dem Anwalt nicht die Pflicht, stets wachsam den Ausführungen des Mandanten zuzuhören, bei Vorhandensein von Ungenauigkeiten nachzufragen und sich nach weiter vorhandenen Unterlagen zu erkundigen.²¹⁴

Der Rechtsanwalt ist nicht von der Pflicht entbunden, sich beim Mandanten zu erkundigen, ob noch Umstände gegeben sind, die dem juristischen Laien vielleicht nicht offenkundig als erheblich vorkommen. Der Anwalt muss für den Fall, dass sich aus der vorläufigen Rechtsprüfung die Notwendigkeit weiterer Tatsachen für eine zutreffende rechtliche Einordnung ergibt, durch gezieltes Nachfragen um eine weitere Aufklärung des Sachverhaltes bemühen²¹⁵.

Das Vertrauen des Rechtsanwalts in die Richtigkeit der Schilderungen des Mandanten geht auch nur so weit, wie Tatsachen der Vergangenheit oder der Gegenwart betroffen sind²¹⁶. Auf die Einschätzung des Mandanten über die zukünftige Entwicklung darf sich der Anwalt nicht verlassen. Eine Entscheidung des BGH hatte zum Inhalt, dass sich der Rechtsanwalt auf die Einschätzungen des Mandanten hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit ei-

²¹³ BGH NJW 1998, S. 2049.

²¹⁴ BGH NJW 2002, S. 1413.

²¹⁵ BGH NJW 2002, S. 1413; NJW, 2000, S. 731; NJW 1998, S. 2049; Rinsche⁶, Rdnr. I 86.

²¹⁶ BGH NJW 1991, S. 2841.

ner Gesellschaft verließ, obwohl ein Rechtskundiger zu einem anderen Ergebnis hätte gelangen müssen²¹⁷. Hier hat der BGH gefordert, dass der Anwalt sich selbst ein Bild von der Tatsachenentwicklung hätte schaffen und dafür auch Erkundigungen einziehen müssen.

Die Aufklärungspflicht trifft den Anwalt persönlich und kann von ihm nicht auf das Büropersonal abgewälzt werden²¹⁸. Die Schwierigkeit der Mandantenbefragung liegt nicht in der bloßen Kommunikation, vielmehr ist der Anwalt gehalten, das Begehren des Mandanten herauszufinden und die dafür notwendigen Informationen zu erhalten. Dafür muss er gedanklich stets die rechtlichen Grundlagen und ihre Voraussetzungen durchgehen, damit er keine wesentlichen Punkte übersieht. Selbst ein juristisch fortgeschrittener Rechtsreferendar wird mit dieser Aufgabe noch überfordert sein, da ihm die praktische Erfahrung und das notwendige Hintergrundwissen fehlt.²¹⁹

Der BGH stellt an die Aufklärungspflicht des Anwaltes hohe Ansprüche, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

- Die Beratung mit dem Rechtsanwalt dient dazu, dem rechtsunkundigen Mandanten die Maßnahmen aufzuzeigen, die nach der objektiven Rechtslage angezeigt sind.²²⁰
- Die Pflicht zur vollständigen Beratung umfasst auch, dass der Anwalt durch Befragung des Mandanten die Punkte klärt, die für die rechtliche Beurteilung entscheidend sind, und dabei die in der Sache liegenden Zweifel - die er als Rechtskundiger erkennen kann - bedenkt und erörtert.²²¹
- Bestehen solche Zweifel, darf sich der Anwalt nicht auf die Beurteilung des Auftraggebers verlassen, sondern muss sich bemühen,

²¹⁷ BGH NJW 1991, S. 2841.

²¹⁸ Borgmann/Haug³, § 18 Rdnr. 16.

²¹⁹ Borgmann/Haug³, § 18 Rdnr. 16.

²²⁰ Grundlegend BGH NJW 1961, S. 602; BGH NJW 1982, S. 437.

²²¹ BGH NJW 2002, S. 1413; BGH NJW 1961, S. 602; BGH NJW 1996, S. 2931; BGH NJW 1998, S. 2049.

durch Nachfragen ein möglichst vollständiges und objektives Bild der Sachlage zu erlangen.²²²

- Dabei muss der Anwalt die richtigen Fragen stellen und dadurch die Grundlage für eine korrekte und umfassende Beratung schaffen.²²³

Der BGH fordert also ein Optimum an Aufklärung und nimmt den Anwalt in die Pflicht, gegenüber den Angaben juristischer Laien stets Vorsicht walten zu lassen. Allerdings sieht auch das oberste Zivilgericht die Notwendigkeit, den Umfang letztlich am Einzelfall zu orientieren und gewisse Einschränkungen zu machen²²⁴.

Als Kriterien für die Einschränkung sind anerkannt:

- der Bildungsstand des Mandanten und seine Erfahrung im Umgang mit Rechtsanwälten²²⁵,
- das oben bereits aufgeführte Recht des Anwalts, grundsätzlich auf die Richtigkeit der Angaben des Mandanten zu vertrauen und
- die Tatsache, dass der Anwalt nicht verpflichtet ist, sich über die Kenntnisse der Mandanten hinausgehende Informationen zu beschaffen.²²⁶

Allerdings ist bezüglich dieser Einschränkungen zu beachten, dass der BGH auch diese nur stringent anwendet. Dazu sei folgendes Zitat aufgeführt:

²²² BGH NJW 1961, S. 602; BGH NJW 1996, S. 2931.

²²³ BGH NJW 1961, S. 602.

²²⁴ So z.B. BGH NJW 1982, S. 437.

²²⁵ BGH NJW 1982, S. 437; zustimmend Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 109; Borgmann/Haug³, § 18 Rdnr. 19.

²²⁶ Allgemeine Meinung z.B. Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 112 m.w.N.

„Der Rechtsanwalt hat grundsätzlich von der Belehrungsbedürftigkeit seines Auftraggebers auszugehen. Dies gilt sogar gegenüber rechtlich und wirtschaftlich erfahrenen Personen. Behauptet der Anwalt, der Mandant habe die Rechtslage gekannt und sei deshalb nicht belehrungsbedürftig gewesen, so trifft ihn insoweit die Beweislast.“²²⁷

Man wird dieser hohen Anforderung nur zustimmen können, da die tägliche Praxis zeigt, dass der vom Auftraggeber mitgeteilte Sachverhalt oft nur partiell tauglich ist, eine korrekte rechtliche Beurteilung zu treffen. Häufig werden vorhandene Urkunden nicht vorgelegt, für unwesentlich erachtete Teilpunkte vergessen oder in Ausnahmefällen bewusst zurückgehalten, da in diesen eine Gefahr für das gewünschte Endergebnis gesehen wird.²²⁸

Schon im eigenen Interesse und um eine zügige Bearbeitung ohne spätere Komplikationen zu garantieren, ist der Anwalt aufgefordert, dem Erstgespräch und der Sachverhaltsaufklärung ein Höchstmaß an Aufmerksamkeit zu schenken. Vielfach ist bei alltäglichen Problemen die juristische Lösung kein großes Problem, wenn die Fakten unzweifelhaft und vollständig vorliegen.

Zudem empfiehlt es sich, die vom Mandanten vorgelegten Unterlagen genau zu prüfen, auf deren Vollständigkeit zu drängen und den Inhalt mit dem mündlich Vorgebrachten zu vergleichen, um so mögliche Unstimmigkeiten aufzudecken²²⁹.

Wichtig ist noch der Hinweis von Rinsche, dass die umfassende Aufklärung nicht nur für die Beurteilung wichtig ist, sondern vor allem auch für einen substantiierten Klagevortrag.²³⁰ Im Falle eines Verkehrsunfallscha-

²²⁷ BGH NJW 2001, S. 518.

²²⁸ Für einige instruktive Beispiele siehe Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 114-118; Borgmann/Haug³, § 18 Rdnr. 22.

²²⁹ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 105.

²³⁰ Rinsche⁶, Rdnr. I 86.

dens kann z.B. die Erkundigung, ob ein Schaden entstanden ist, für die rechtliche Begutachtung ausreichen, um zu einem Anspruch zu gelangen. Dagegen muss im Prozess für die Höhe des Anspruches detailliert dargelegt werden, worin der Schaden besteht und wie er sich zusammensetzt.²³¹

III. Die rechtliche Prüfung des Sachverhalts

Kernpflicht des Anwaltes ist und bleibt die rechtliche Prüfung des vom Auftraggeber mitgeteilten und durch eventuelles Nachfragen komplettierten Sachverhalts. Diese Aufgabe wird in § 3 BRAO klar umrissen und kommt auch schon in der Bezeichnung „Rechtsanwalt“ augenscheinlich zum Ausdruck.

Da für die Ausübung des Berufes die Befähigung zum Richteramt (§ 4 BRAO) Voraussetzung ist und von Seiten des Mandanten erwartet wird, dass der Anwalt über die notwendigen juristischen Fähigkeiten verfügt, um sein Anliegen fachkundig zu bearbeiten, sind an die Rechtskenntnisse „höchste Anforderungen“²³² zu stellen.²³³

Die höchstrichterliche Rechtsprechung nimmt die Anwälte schon seit dem Reichsgericht in die Pflicht, sich intensiv mit der rechtlichen Prüfung des Sachverhalts auseinander zu setzen und sich eine eigene Meinung von der Rechtslage zu verschaffen²³⁴. Dabei ist er verpflichtet, sich von den anerkannten Methoden der Rechtswissenschaft leiten zu lassen.²³⁵

Das Reichsgericht hat die Rechtsprüfungspflicht wie folgt umschrieben:

²³¹ Rinsche⁶, Rdnr. I 86.

²³² Borgmann/Haug³, § 19 Rdnr. 31.

²³³ Ähnlich Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 119 f; Zugehör/Zugehör, Rdnr. 549.

²³⁴ RGZ 87, S. 187.

²³⁵ BGHZ 97, S. 380.

„Die allgemeine Regel kann nur sein, dass der Rechtsanwalt nach sorgfältiger juristischer Prüfung sich selbst eine Rechtsanschauung zu bilden und dieser zu folgen hat, soweit nicht die allgemein anerkannte Theorie oder die obergerichtliche Rechtsprechung eine sichere Richtschnur geben.“²³⁶

Aus der Pflicht des Anwalts zur rechtlichen Prüfung des Falles folgt diejenige zur Kenntnis des Rechts. Fraglich ist insoweit, wie groß oder wie umfassend die Rechtskenntnis sein muss. Angesichts der Flut von Gesetzen und Urteilen, die jährlich ergehen, scheint es „menschenunmöglich“²³⁷, sich in vollem Umfang auf dem neuesten Stand zu halten. Dies zeigt sich auch in der zunehmenden Spezialisierung innerhalb der Anwaltschaft, die am deutlichsten in den großen Sozietäten hervortritt. Ein umfassende Kenntnis aller Rechtsgebiete, insbesondere der Spezialprobleme, ist heute nicht mehr zu bewerkstelligen. Bereits die umfassenden Änderungen der ZPO, des Mietrechts und des Schuldrechts führen viele Einzelanwälte neben ihrer täglichen Arbeitsbelastung an den Rand der Leistungsfähigkeit.

Nichts desto trotz fordert die Rechtsprechung von den Anwälten ein Maximum an Rechtskenntnissen, was im Folgenden näher dargestellt werden soll.

1. Allgemeines

Um die Probleme des Falles zu erkennen und den richtigen rechtlichen Einstieg zu finden, bedarf der Anwalt fundierter und umfangreicher Grundkenntnisse. Diese sind insbesondere deshalb unverzichtbar, weil ein Teil der Mandate ein unverzügliches Agieren oder Reagieren erfordert, wie z.B. bei einer Kündigung im Arbeitsrecht oder bei einem Strafbefehl, dessen Einspruchsfrist in Kürze abläuft.

²³⁶ RGZ 87, S. 187.

²³⁷ Borgmann/Haug³, § 19 Rdnr. 32; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 125.

Für die Analyse der Pflicht zur Rechtskenntnis ist zunächst die Unterscheidung in notwendig präsenten und im Einzelfall anzueignendes Wissen notwendig²³⁸. Vollkommer ist darin zuzustimmen, dass nur nach dieser Differenzierung die Festlegung einer Pflichtverletzung möglich ist und der Pflichtenumfang bestimmt werden kann, da eine „Omnikompetenz“ auf allen Rechtsgebieten unmöglich ist.²³⁹

Dem Anwalt kann daher nur zweierlei vorgeworfen werden:

„... entweder er habe nicht über das für eine Vertiefung unabdingbare präsente Wissen verfügt, oder er habe eine ausreichende Einarbeitung in die jeweiligen Rechtsprobleme des Mandanten versäumt.“²⁴⁰

2. Gesetzeskenntnis

Die Grundlage für die Bearbeitung jeden Mandats muss das Gesetz sein. Wie umfangreich muss die Gesetzeskenntnis des Anwaltes aber sein? Die Meinungen dazu gehen auseinander, je nachdem, von welcher Seite aus man die Sache betrachtet. In der Literatur²⁴¹ wird überwiegend eine „bis ins Detail“²⁴² gehende Gesetzeskenntnis in der Rechtsprechung des BGH konstatiert, wohingegen Vertreter bzw. ehemalige Vertreter der Rechtsprechung dies anders sehen²⁴³.

²³⁸ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 120; Rinsche, Rdnr. I 101; Zugehör/Zugehör, Rdnr. 551; Borgmann/Haug³, § 19 Rdnr. 33.

²³⁹ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 122.

²⁴⁰ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 121.

²⁴¹ Borgmann/Haug³, § 19, Rdnr. 34; Rinsche⁶, Rdnr. I 99; Hartstang, Anwaltsrecht, S. 464; Staudinger¹³/Martinek, § 675 Rdnr. C 14.

²⁴² Borgmann/Haug³, § 19, Rdnr. 34.

²⁴³ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 555.

Für die Grundlagen des deutschen Rechts muss eine detaillierte Kenntnis vom Anwalt gefordert werden²⁴⁴. Es kann wohl niemand ernsthaft die These aufstellen, dass es unmöglich sei, sich in den grundlegenden Bereichen des Rechts auszukennen. Bereits in der Ausbildung werden die wichtigsten Gesetzeswerke bearbeitet und vertieft²⁴⁵. Der Jurist „wächst“ geradezu mit BGB und StGB auf. Auch mangelhaftes Wissen im Bereich des Schuldrechts oder des Erbrechts kann nicht als Folge einer Überlastung durch zu große Erwartungen der Rechtsprechung abgetan werden.

Ausgehend von diesen fundierten Grundkenntnissen muss allerdings eine Einschränkung wegen deren stetigen Überarbeitung und Erneuerung gemacht werden. Gerade die aktuellen Reformen der ZPO und des BGB zeigen, dass innerhalb kürzester Zeit grundlegende Änderungen auftreten können, deren Bewältigung nicht „über Nacht“ stattfinden kann, sondern einen gewissen Zeitraum in Anspruch nimmt.²⁴⁶

Allerdings erfolgt diese Einschränkung, die auch vom BGH vorgenommen wird, nicht auf der Tatbestandsseite, sondern beim Verschulden, wie sich aus den einschlägigen Entscheidungen ergibt²⁴⁷. So ist z.B. die Unkenntnis eines Anwalts über die neue Einführung der §§ 640, 625, 208 ff ZPO²⁴⁸, die Nichtkenntnis der neuen Zuständigkeit für die Berufung nach § 119 GVG der OLG in Kindschaftssachen²⁴⁹, die Nichtkenntnis des neuen NEheG von 1970 trotz längerer Krankheit²⁵⁰ sowie allgemein die fehlende Rechtskenntnis des BGB im Detail²⁵¹ nach Ansicht des BGH ein Problem des Verschuldens.

²⁴⁴ OLG Hamm VersR 1981, S. 936; Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 192; Commichau, NJW 1977, S. 1362.

²⁴⁵ Ebenso Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 124.

²⁴⁶ So auch Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 195.

²⁴⁷ Zur Problematik der Zuordnung zum Tatbestand oder zur Schuld siehe D. I. 4. c)

²⁴⁸ BGH VersR 1977, S. 835.

²⁴⁹ BGH VersR 1972, S. 766.

²⁵⁰ BGH VersR 1972, S. 1044.

²⁵¹ BGH VersR 1981, S. 936.

Die Rechtsprechung geht somit davon aus, dass der Anwalt die Gesetze kennen muss, gleichgültig ob deutsche oder ausländische, grundlegende oder abseits gelegene.

Diese zunächst rigide erscheinende Rechtsprechung des BGH, dass der Anwalt jedes Gesetz samt seinen Neuerungen im Detail kennen muss, gilt bei genauerer Betrachtung allerdings nicht allgemein, sondern ist stets auf das übernommene Mandat bezogen. Der Anwalt ist nur verpflichtet, die für den Fall einschlägigen Normen genau zu kennen bzw. sich die notwendige Kenntnis zu verschaffen²⁵². Der Anwalt „*muss sich die erforderlichen Kenntnisse jedenfalls von den Bundesgesetzen verschaffen, die die Gebiete betreffen, mit denen er es in seiner Praxis gewöhnlich zu tun hat.*“²⁵³

Letztlich findet diese Rechtsprechung auch weitgehend Zustimmung in der Literatur. Die überwiegende Mehrheit der Autoren kommt zu dem Ergebnis, dass von dem Anwalt zwar keine allumfassende Kenntnis der deutschen und ausländischen Gesetze gefordert werden kann, er aber gleichwohl verpflichtet ist, sich die auf das konkrete Mandat bezogene Gesetzeskenntnisse anzueignen, soweit er nicht darüber verfügt.²⁵⁴

Dem ist uneingeschränkt zu folgen. Der Anwalt ist – neben dem präsenten Wissen der rechtlichen Grundlagen seiner Tätigkeit – nur verpflichtet, die für das spezielle Mandat erforderlichen Gesetzeskenntnisse zu haben bzw. sich anzueignen. Ob er dazu in der Lage ist, mag er selbst entscheiden und den Fall gegebenenfalls an einen Kollegen abgeben²⁵⁵. Bei genauer Betrachtung der Stimmen in der Literatur und der Rechtsprechung

²⁵² St Rspr. BGH NJW 1971, S. 1704; NJW 1978, S. 1486; siehe auch OLG Koblenz, NJW 1989, S. 2699 f.

²⁵³ BGH NJW 1971, S. 1704.

²⁵⁴ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 127; Rinsche⁶, Rdnr. I 99; Zugehör/Zugehör, Rdnr. 558; Staudinger¹³/Martinek, § 675 Rdnr. C 15; Hübner, NJW 1989, S. 7; Nilgens, JUR-PC 1993, S. 2276 f m.w.N.

²⁵⁵ So auch Rinsche⁶, Rdnr. I 99.

zeigt sich diese Übereinstimmung relativ klar, so dass die vordergründig bestehenden Unterschiede in den Ansichten minimal und damit zu vernachlässigen sind.

Zusammenfassend kann festgestellt werden:

Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, sich in den Grundlagen des deutschen Rechts detailliert auszukennen. Bei abgelegenen Rechtsgebieten, kurzfristigen Reformen oder ausländischem Recht kann eine derartig tiefgehende Kenntnis nicht oder noch nicht erwartet werden, was den Anwalt aber nicht aus der Pflicht nimmt, sich die für das spezielle Mandat notwendigen Details anzueignen oder – sollte er Bedenken haben, dies leisten zu können – die Angelegenheit an einen anderen Kollegen abzugeben. Die Pflicht zur Gesetzeskenntnis bestimmt sich dabei rein objektiv und muss an einem optimalen Rechtsanwender gemessen werden, so dass jede Nichtkenntnis eines Gesetzes als Pflichtverletzung gewertet werden muss. Ob der Anwalt dafür auch haftet, ist eine Frage des Vorliegens der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der Haftungsnorm.

3. Kenntnis der Judikatur

Ein wesentlich heikleres Thema als die Kenntnis der mandatsbezogenen einschlägigen Gesetze ist die der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Lösung rechtlicher Sachverhalte muss sich stets aus dem Gesetz ergeben, da die Judikative nach Art. 20 III GG an Recht und Gesetz gebunden ist.

Dennoch kann die Beurteilung des streitgegenständlichen Sachverhalts nicht unmittelbar und konkret aus den Normen entnommen werden, da das moderne Recht abstrakt formuliert ist und mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeitet, im Gegensatz z.B. zum Allgemeinen Preußischen Landrecht, das den Versuch unternommen hat, jeden Einzelfall konkret zu regeln. Es bedarf mithin der Auslegung der Gesetze, worin derjenigen der

höchsten Gerichte „richtungsweisende Bedeutung“²⁵⁶ zukommt. Die Revisionsgerichte der Bundesrepublik sollen durch ihre Urteile nicht nur der effektiven Gewährung von Rechtsschutz dienen, sondern auch der Rechtseinheit gemäß Art. 95 III GG iVm § 1 RsprEinhG und der Rechtsfortbildung²⁵⁷.

Diese Funktion der höchsten Bundesgerichte iSd Art. 95 I GG hat in der neuesten Reform der ZPO und des GVG ihren Niederschlag gefunden, indem der Gesetzgeber mit der neu geschaffenen Reversibilität auch der Urteile der Amtsgerichte und der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO n.F. zum BGH die Voraussetzung einer Rechtsvereinheitlichung geschaffen hat. Nach § 543 ZPO n.F. findet die Revision nur statt, wenn diese durch das Berufungsgericht zugelassen wurde bzw. nach einer erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO n.F.. Als verpflichtenden Zulassungsgrund nennt § 543 II Nr. 2 ZPO n.F. *„die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung...“*.

Der Gesetzgeber bezweckt damit eine einheitliche Auslegung von Gesetzesbestimmungen im materiellen und formellen Recht sowie die Ausfüllung von Gesetzeslücken, so dass in Zukunft keine schwer erträglichen Unterschiede in der Rechtsprechung mehr bestehen.²⁵⁸

Aufgrund dieser Entwicklung wird es eine noch größere Zahl an höchst-richterlicher Rechtsprechung im Zivilrecht geben, die die Rechtsentwicklung noch weiter vorantreiben wird. Nun besteht die Möglichkeit, zu den bisher in nicht reversiblen amtsgerichtlichen Urteilen behandelten Problemkreisen eine richtungsweisende Entscheidung durch den BGH herbeizuführen.

Die Pflicht der Kenntnis der Rechtsprechung durch den Anwalt wird also wegen des steigenden Umfanges noch bedeutender werden.

²⁵⁶ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 573.

²⁵⁷ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 573.

²⁵⁸ BT-Drucks. 14/4722, S. 104.

Fraglich ist noch, wie sich die neue Möglichkeit der Zulassung eines Rechtsmittels durch das erkennende Gericht wegen der besonderen Bedeutung einer Rechtsfrage auswirken wird. Bereits vor der Reform war die Frage, ob der Anwalt alleine die höchstrichterliche Rechtsprechung kennen muss oder ob auch die der unteren Instanzen bekannt sein muss, schwierig zu beantworten. Unter dem Eindruck der Neuerungen der ZPO muss diese Frage vielleicht überdacht werden.

Zunächst soll aber der Stand der Diskussion vor der Reform zur Anwaltspflicht der Kenntnis der Judikatur dargestellt werden.

a) Die Meinung in der Rechtsprechung

Die Linie des BGH ist klar und unmissverständlich. Der Anwalt hat sich bei der Bearbeitung eines Mandats „*in erster Linie*“²⁵⁹ nach dem Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu dem betreffenden Problem zu richten²⁶⁰, „*denn diese hat richtungsweisende Bedeutung für Entwicklung und Anwendung des Rechts*“²⁶¹. Unerheblich ist dabei, ob diese in der Literatur als falsch oder kaum vertretbar abgelehnt wird oder ob die Untergerichte anders urteilen²⁶².

Eine Ausnahme von diesem strengen Grundsatz lässt der BGH nur zu, wenn sich der Anwalt eine eigene Meinung von dem Problem gebildet hat, zu einem abweichenden Ergebnis gelangt und dieses auch so fundiert begründen kann, dass die Nichtbeachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt werden kann²⁶³. Aber auch diese Ausnahme gewährt der BGH nicht ohne Gegen Ausnahme. Zwar steht es dem Anwalt offen, seiner eigenen Rechtsansicht zu folgen, aber nur so weit, wie es

²⁵⁹ BGH NJW 2001, S. 678.

²⁶⁰ BGH NJW 1993, S. 3324; BGH NJW-RR 1993, S. 420; BGH NJW 2001, S. 678.

²⁶¹ BGH NJW 2001, 678.

²⁶² BGH NJW 1961, S. 601.

²⁶³ BGH MDR 1958, S. 497.

das optimale Ergebnis für den Mandanten nicht gefährdet²⁶⁴. Er kann seine Rechtsansicht dem Gericht vortragen, darf sich aber nicht darauf verlassen, dass dieses ihm folgen wird, und muss daher die notwendigen Hilfsmassnahmen ergreifen, sollte das Gericht nicht zustimmen²⁶⁵.

Einen Fall besonders harter Anforderungen an die Kenntnis der Rechtsprechung hat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1993²⁶⁶ geschaffen, in dem er von einem Anwalt die Voraussicht einer Änderung der bisher gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gefordert hat. Zwar könne sich der Anwalt grundsätzlich auf den Fortbestand einer gefestigten Rechtsprechung verlassen, er muss aber auch die Hinweise eines obersten Gerichts auf eine mögliche künftige Änderung der Rechtsprechung zu Kenntnis nehmen und sein Handeln daran ausrichten²⁶⁷. Der Rechtsanwalt ist daneben verpflichtet, sich über die Entwicklung zu dogmatischen Fragen in der Literatur auf dem Laufenden zu halten und den daraus möglichen Einfluss auf die künftige Rechtsprechung in Betracht zu ziehen²⁶⁸. Der BGH hält derartige Fälle zwar nur in Ausnahmen gegeben, schränkt seine Ansicht aber nicht weiter ein und gibt sogar offen zu, dass Näheres nicht festgelegt werden könne und vom Einzelfall abhängen.²⁶⁹

Auch an die Art der Informationsbeschaffung, der -quellen und der -geschwindigkeit stellt der BGH hohe Anforderungen. Forderte das Reichsgericht noch lediglich, dass der Anwalt die Entscheidungen der amtlichen Sammlung zu kennen hat²⁷⁰, so hat der BGH im Laufe der letzten 50 Jah-

²⁶⁴ BGH NJW 1974, S. 1866.

²⁶⁵ BGH NJW 1974, S. 1866.

²⁶⁶ BGH NJW 1993, S. 3323 ff.

²⁶⁷ BGH NJW 1993, S. 3324.

²⁶⁸ BGH NJW 1993, S. 3325.

²⁶⁹ BGH NJW 1993, S. 3325; anders Zugehör/Zugehör, RdNr. 577 der dem Urteil eine Einschränkung der Pflicht zur Voraussicht auf Revisionsanwälte entnehmen will.

²⁷⁰ RG JW 1916, S. 34.

re die Pflicht zur Kenntnis der neuesten Judikatur auf ein – angesichts der Urteilsflut – fast unmenschliches Maß gesteigert.

Der Anwalt ist nun verpflichtet, alle Entscheidungen der höchsten Bundesgerichte zu kennen, die in den amtlichen Sammlungen sowie den zur Verfügung stehenden juristischen Zeitschriften veröffentlicht waren²⁷¹. Falls das entsprechende Mandat dies erfordert, hat der Anwalt auch die Entscheidungen aus den jeweiligen Spezialzeitschriften zu berücksichtigen, und nicht nur diejenigen, die in den allgemeinen wie der NJW oder der MDR abgedruckt waren²⁷².

In einer neueren Entscheidung des BGH zu diesem Thema fasst das höchste deutsche Zivilgericht die Pflicht des Anwalts wie folgt zusammen:

„Der Rechtsanwalt hat seine Tätigkeit für den Mandanten in erster Linie an der höchstrichterlichen Rechtsprechung auszurichten; denn diese hat richtungsweisende Bedeutung für Entwicklung und Anwendung des Rechts (...). Der Anwalt muss sich deshalb über die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht nur anhand der amtlichen Sammlungen, sondern auch der einschlägigen Fachzeitschriften unterrichten (...). Eine Pflicht der Rechtsanwalts, darüber hinaus die veröffentlichte Instanzenrechtsprechung und das Schrifttum sowie hierbei insbesondere die Aufsatzliteratur heranzuziehen, besteht zwar grundsätzlich nur in beschränktem Maße; strengere Anforderungen sind jedoch zu stellen, wenn ein Rechtsgebiet ersichtlich in der Entwicklung begriffen und (weitere) höchstrichterliche Rechtsprechung zu erwarten ist. Dann muss ein Anwalt, der eine Angelegenheit aus diesem Bereich zu bearbeiten hat, auch Spezialzeitschriften in angemessener Zeit durchsehen (...). Ihm muss dabei freilich insgesamt ein „realistischer Toleranzrahmen“ zugebilligt werden.“²⁷³

²⁷¹ BGH NJW 1952, S. 425; BGH NJW 1974, S. 1866.

²⁷² BGH NJW 1983, S. 1665; BGH VersR 1979, S. 233, in welcher der BGH die Nichtkenntnis eines Urteils nur entschuldigt, wenn diese erst kurze Zeit vorher in einer Spezialzeitschrift veröffentlicht wurde.

²⁷³ BGH NJW 2001, S. 678.

Der BGH fordert eine umfassende Recherche in allen zur Verfügung stehenden Publikationen, um sich über die bestehende bzw. gerade noch nicht bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung zu informieren.

Für die vom BGH angesprochene Karenzzeit bestimmt das OLG Köln einen Zeitraum von vier bis sechs Wochen, bis dem Anwalt die neue Rechtsprechung bekannt sein muss²⁷⁴.

b) Die Ansicht der Literatur

Das Spektrum in der Literatur zur Pflicht des Anwalts zur Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist groß. Es reicht von der Befürwortung der Ansicht der Rechtsprechung über eine noch darüber hinausgehende Forderung an Wissen bis zu deren weitgehenden Ablehnung.

Die Rechtsprechung des BGH zur Kenntnis der Judikatur wird von einem Teil der Literatur gutgeheißen und für gerechtfertigt angesehen, da diese ein hohes Maß an Bedeutung im täglichen Rechtsleben hat und für eine sachgerechte, den Interessen der Mandanten dienende Rechtsberatung unabdingbar ist²⁷⁵. Begründet wird die Ansicht zudem damit, dass dem Anwalt für die Kenntnisnahme von Seiten des BGH²⁷⁶ ein Toleranzzeitraum zugebilligt wird, wodurch die Zumutbarkeit der umfangreichen Kenntnis gerechtfertigt wird²⁷⁷. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass der Anwalt, sollte er durch die große Menge an Rechtsprechung überfor-

²⁷⁴ OLG Köln StUB 1999, 95; zum Ganzen auch Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 215.

²⁷⁵ So z.B. Nilgens, JurPC 1993, S. 2284, 2285; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 149; Staudinger¹³/Martinek, § 675 Rdnr. C 17; Erman¹⁰/H. Ehmann, § 675 Rdnr. 76; Zugehör/Zugehör, Rdnr. 576.

²⁷⁶ Im Anschluss an Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 149.

²⁷⁷ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 576; Staudinger¹³/Martinek, § 675 Rdnr. C 17; auch Rinsche⁶, Rdnr. I 114, der die Kenntnis jedoch auf den einzelnen Fall reduziert und nur ein „Standardwissen“ für notwendig hält, ebenfalls Odersky, NJW 1989, S. 3.

dert sein, seinen Mandatsumfang reduzieren oder seine Kanzlei ausbauen müsse²⁷⁸. Der Anwalt soll sich auch der modernsten Kommunikations- und Informationsmittel bedienen, um stets auf dem aktuellsten Stand zu sein²⁷⁹.

Vereinzelte Stimmen wollen die Meinung des BGH sogar noch überbieten und fordern von der Anwaltschaft eine „*lückenlose Kenntnis von Rechtsprechung und einschlägiger Literatur*“²⁸⁰, da das Wesen des Anwaltsvertrages die Verpflichtung begründet, ein dem neuesten Stand der Wissenschaft entsprechendes Wissen zur Verfügung zu stellen.²⁸¹

Dem wird – richtigerweise – entgegengehalten, dass dieses Wissen zwar wünschenswert wäre, aber nur in der „*grauen Theorie*“²⁸² zu verwirklichen ist. Vielmehr sei der Anwalt mit der Fülle an Material überfordert und z.T. wird die Rechtsprechung des BGH als Fall für das Bundesverfassungsgericht angesehen²⁸³.

Eine Minderheit in der Literatur hält die Anforderungen der Rechtsprechung für zu hoch, es wird sogar von Gefährdungshaftung²⁸⁴ gesprochen. Hübner plädiert dafür, dass der BGH offen zugeben solle, wenn er seine eigene bisherige Meinung aufgebe, dies nicht hinter Interpretationen der vorherigen Rechtsprechung verstecken und demnach dem Anwalt in solchen Fällen auch keine Pflichtverletzung anlasteten sollte²⁸⁵. Auch Borgmann/Haug halten die Maßstäbe des BGH für „*irreal und als Maßstab für*

²⁷⁸ Staudinger¹³/Martinek, § 675 Rdnr. C 17; Müller, JR 1969, S. 164.

²⁷⁹ Staudinger¹³/Martinek, § 675 Rdnr. C 17.

²⁸⁰ Müller, JR 1969, S. 164.

²⁸¹ Müller, JR 1969, S. 164.

²⁸² Schneider, MDR 1973, S. 305.

²⁸³ Schneider, MDR 1973, S. 305; bereits in MDR 1972, S. 745 wo Schneider feststellt, dass eine anerkannte Lehrmeinung von der Rechtsprechung übernommen würde und damit ausschließlich die Kenntnis der Rechtsprechung von Bedeutung sei.

²⁸⁴ Hübner, NJW 1989, S. 8.

²⁸⁵ Hübner, NJW 1989, S. 8.

*die Anwaltshaftung weit übersetzt*²⁸⁶. Dem Anwalt sollte kein Verschulden angelastet werden, wenn sich die Rechtsprechung später ändert und er seiner Pflicht dadurch genüge tut, indem er einen anerkannten Handkommentar zu Rate zieht und sich auf diesen verlässt.²⁸⁷

c) Zusammenfassung

Die Pflicht des Anwalts zur Kenntnis der Judikatur lässt sich m.E. folgendermaßen auf den Punkt bringen. Er ist objektiv verpflichtet, die höchst-richterliche Rechtsprechung – und gegebenenfalls die der lokalen Oberlandesgerichte – zu kennen und sich in kurzer Zeit über diese zu informieren. Allerdings ist mit Rinsche²⁸⁸ und Odersky²⁸⁹ eine Einschränkung dahingehend vorzunehmen, dass – wie bei der Gesetzeskenntnis – nur eine mandatsbezogene Kenntnis notwendig ist.

Die modernen Medien bieten heute derart umfangreiche Informationsmöglichkeiten, dass eine solche Kenntnis möglich und damit gerechtfertigt ist. Als Beispiele seien nur die Online-Datenbank der Juris AG und WestLaw.de sowie die diversen Leitsatz- und Rechtsprechungs- CD-Roms genannt, die eine ständige Aktualisierung bieten. Bereits mehrere höchste Gerichte haben eigene Homepages, auf welchen sie ihre Urteile veröffentlichen, so z.B. das BVerfG²⁹⁰, der EuGH²⁹¹ und nunmehr auch der BGH.²⁹²

Solange ein Urteil auf diesen Systemen noch nicht vorhanden ist, muss eine Haftung des Anwalts für die Nichtkenntnis ausscheiden.

²⁸⁶ Borgmann/Haug³, § 19 Rdnr. 45.

²⁸⁷ Borgmann/Haug³, § 19 Rdnr. 51.

²⁸⁸ Rinsche⁶, Rdnr. I 114.

²⁸⁹ Odersky, NJW 1989, S. 3.

²⁹⁰ <http://www.bverfg.de>.

²⁹¹ <http://www.curia.eu.int/de/transitpage.htm>.

²⁹² <http://www.bundesgerichtshof.de>.

4. Kenntnis der Literatur

Im Gegensatz zur Kenntnis der Gesetze und der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird die der Literatur in wesentlich geringerem Umfang gefordert. Grundsätzlich muss sich der Anwalt bei der Bearbeitung eines Mandats nicht über die gesamte zur Verfügung stehende Literatur informieren²⁹³, was an sich schon deshalb nicht möglich sein würde, da nur Universitätsbibliotheken über die notwendigen Ressourcen verfügen, um dies bewerkstelligen zu können.

Der BGH geht davon aus, dass der Anwalt verpflichtet ist, sich in den Standardkommentaren zu informieren, sollte er ein bestimmtes Problem zu bearbeiten haben²⁹⁴. Dem stimmt die Literatur weitestgehend zu, da der Kommentar *„ein unerlässliches Hilfsmittel [ist], sich in möglichst kurzer Zeit einen Überblick über die herrschende Rechtsprechung zu verschaffen“*²⁹⁵. Eine Pflicht zur allgemeinen Kenntnis der Literatur wird dagegen durchwegs abgelehnt²⁹⁶. Nur in Ausnahmefällen, in welchen sich noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung gebildet hat, oder wenn sich eine Kehrtwendung in einem Bereich abzeichnet, kann der Anwalt verpflichtet sein, tiefer in die Auseinandersetzung der Literatur mit diesem Thema einzudringen, um die Interessen der Mandanten möglichst optimal durchzusetzen²⁹⁷.

Dem ist zuzustimmen. Der Anwalt muss bei der Bearbeitung seiner Mandate zumindest einen Standardkommentar zu Rate ziehen. Er darf sich dabei aber nicht auf die zitierten Fundstellen verlassen, sondern muss

²⁹³ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 580.

²⁹⁴ BGHZ 85, S. 261.

²⁹⁵ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 135.

²⁹⁶ So z.B. Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 136; Borgmann/Haug³, § 19, Rdnr. 57 f; Rinsche⁶, Rdnr. I 119; Nilgens, Jur-PC 1993, S. 2311; Zugehör/Zugehör, Rdnr. 580.

²⁹⁷ Borgmann/Haug³, § 19 Rdnr. 58; Rinsche⁶, Rdnr. I 119.

zumindest die Urteile selbst nachlesen²⁹⁸. In Ausnahmefällen wird man von dem Anwalt erwarten können, dass er sich auch der Großkommentare bedient. Darüber hinaus kann insbesondere die Einsichtnahme in die „dogmatische“ Publizistik wie AcP oder ZZP nicht gefordert werden²⁹⁹.

Eine Pflichtverletzung des Anwalts wegen der Nichtbeachtung der Literatur kann nur angenommen werden, wenn die in der Standardliteratur auffindbare Lösung des rechtlichen Problems nicht beachtet wurde. Zu bedenken gilt auch, dass sich das Vorherrschen einer Meinung in der Literatur nicht leicht bestimmen lässt, da die rein zahlenmäßige Überlegenheit an Stimmen nicht ausschlaggebend sein kann³⁰⁰.

Man sollte auch stets im Blick behalten, dass immer noch über 50% der Anwälte als Einzelanwalt tätig und nicht in der Nähe einer großen juristischen Bibliothek angesiedelt sind, so dass schon aus finanziellen und logistischen Gründen kein intensives Studium in der speziellen Literatur möglich ist. Diesbezüglich muss die Relation gewahrt werden, da auch entsprechende wirtschaftliche Einrichtungen wie Datenbanken oder CD-Roms für Literatur nicht vorhanden sind.

5. Weitere Anforderungen

Um seiner umfassenden Pflicht zur rechtlichen Prüfung des vorliegenden Sachverhalts gerecht werden zu können, muss der Anwalt neben der Kenntnis der Gesetze, der höchstrichterlichen Rechtsprechung und z.T. der Literatur noch weitere Kenntnisse besitzen.

Beispielhaft, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, seien hier die möglicherweise einschlägigen Tarifnormen, die Vertragsbedingungen von Versicherungen (VVG, ARB etc.), die Kenntnis der Leitlinien der OLGe in Familien-

²⁹⁸ OLG Hamm, Urteil vom 16.01.1986 – 28 U 162/ 85, zitiert nach Nilgens, Jur-PC 1993, S. 2311 Fn. 39.

²⁹⁹ So auch Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 134

³⁰⁰ Dazu Nilgens, Jur-PC 1993, 2308

sachen, die Regelungen der VOB sowie der Verwaltungspraxis³⁰¹ der örtlich zuständigen Behörden³⁰² genannt.

IV. Die Pflicht zur Beratung und Belehrung des Mandanten

In der logischen Abfolge eines Mandats hat der Rechtsanwalt nach der Rechtsprüfung dem Auftraggeber seine Ergebnisse und die daraus gezogenen Folgerungen mitzuteilen. Er muss ihm das weitere Vorgehen aufzeigen und den bestmöglichen Weg anraten. Dies ist wohl die vornehmste Aufgabe des Anwalts, da für den zumeist juristisch unbedarften Kunden alleine die Mitteilung des Ergebnisses der Rechtsprüfung wenig aufschlussreich sein dürfte. Wie intensiv die Beratung sein muss und inwieweit der Anwalt die Möglichkeit zur Auswahl zwischen mehreren möglichen Varianten hat, soll im Folgenden dargestellt werden.

1. Allgemeiner Beratungsumfang und Ziel der Beratung

Der Anwalt hat nach dem Abschluss der Rechtsprüfung persönlich³⁰³ die Belehrung des Mandanten zu übernehmen. Die Beratung hat als vorderstes Ziel, den Mandanten soweit in Kenntnis zu setzen, dass er selbstständig über das „Ob“ und „Wie“ der Verfolgung seiner Rechte entscheiden kann³⁰⁴.

Der Umfang der Beratungspflicht wird von der Rechtsprechung folgendermaßen umschrieben:

„Aufgrund eines Dienstauftrags ist der Rechtsanwalt seinem Auftraggeber grundsätzlich zu einer umfassenden und erschöpfenden Beratung ver-

³⁰¹ BGH AnwBl 1996, S. 342.

³⁰² Dazu auch Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 138 ff; Rinsche⁶, Rdnr. I 120.

³⁰³ BGH NJW 1981, S. 2743.

³⁰⁴ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 154; Zugehör/Zugehör, Rdnr. 587; BGH NJW 1996, S. 2649.

*pflichtet. Der Anwalt muss prüfen, ob der ihm vorgetragene Sachverhalt geeignet ist, den vom Auftraggeber erstrebten Erfolg herbeizuführen. Den Mandanten muss der Rechtsanwalt vor Nachteilen bewahren, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind; Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Auftraggeber erörtern.*³⁰⁵

Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, „im Rahmen des ihm erteilten Auftrags (...), den Auftraggeber umfassend zu belehren und seine Belange nach jeder Richtung wahrzunehmen. Er hat ihm diejenigen Schritte anzuraten, die geeignet sind, den angestrebten Erfolg herbeizuführen, und Nachteile zu verhindern, soweit sie voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat der Anwalt seinem Mandanten den sichersten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen kann; Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlass gibt, muss der Anwalt darlegen und mit seinem Auftraggeber erörtern.“³⁰⁶

Diese zitierten Formulierungen finden sich seit den 60er Jahren immer wieder in den Urteilen des BGH zur Anwaltshaftung und können daher als gefestigte Rechtsprechung bezeichnet werden³⁰⁷. Der Umfang der Beratungs- und Belehrungspflicht wird dabei weitestmöglich ausgedehnt und dem Anwalt eine allumfassende Pflicht zum Rat unter Berücksichtigung sämtlicher auch nur möglicher Umstände auferlegt. Dass dies eine fast menschenunmögliche Forderung ist, erkennt auch der BGH und nennt sie deshalb den „Grundsatz“³⁰⁸.

³⁰⁵ St. Rspr. BGH NJW 1996, S. 2931 m.w.N.; für den Steuerberater vgl. BGH NJW 2001, S. 2478.

³⁰⁶ BGH NJW-RR 1999, S. 20; so auch BGH NJW 2000, S. 3561.

³⁰⁷ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 155.

³⁰⁸ BGHZ 89, S. 181.

a) Beispiele für die umfassende Rechtsberatung

(1) Der sicherste Weg

Zu den wichtigsten Belehrungspflichten des Anwaltes gehört es, den Mandanten möglichst vor Schaden zu bewahren und deshalb den geeignetsten und sichersten Weg ein- bzw. vorzuschlagen³⁰⁹. Ein Beispiel für die Geeignetheit ist die Durchführung einer rechtzeitigen Beweissicherung durch ein selbständiges Beweissicherungsverfahren nach den §§ 485 ff ZPO, vor allem, wenn diese zu einem späteren Zeitpunkt unwiederbringlich verloren sind³¹⁰.

Bestehen für den gewünschten Erfolg mehrere mögliche Vorgehensweisen, so hat der Anwalt den sichersten zu wählen³¹¹. Darunter versteht der BGH den Weg, der nach rechtlich einwandfreier Beurteilung des Falles am meisten erfolgsversprechend ist, da in Rechtsangelegenheiten eine absolute Sicherheit nicht gegeben sein kann³¹². Beispielhaft seien dafür die notwendige Zustellung einer Willenserklärung durch Einschreiben/Rückschein³¹³, die Abgabe einseitiger Willenserklärungen für den Mandanten unter Vorlage einer Originalvollmacht (§ 174 BGB)³¹⁴, die richtige Wahl unter den Möglichkeiten für Schadensersatz des § 325 BGB a.F.³¹⁵ oder die Erhebung einer Kündigungsschutzklage gegen alle Kündigungen des Arbeitgebers³¹⁶ genannt.

Zum Gang des sichersten Weges gehört auch, dass der Anwalt für etwaige zu erwartende Änderungen der Sach- oder Rechtslage entsprechende

³⁰⁹ BGH NJW-RR 1999, S. 20.

³¹⁰ BGH NJW 1993, S. 2677.

³¹¹ BGH NJW-RR 1999, S. 20 m.w.N.

³¹² Zugehör/Zugehör, Rdnr. 601; BGH VersR 1983, S. 563.

³¹³ BGHZ 101, S. 55.

³¹⁴ BGH NJW 1994, S. 1473.

³¹⁵ BGH NJW 1995, S. 450.

³¹⁶ BGH NJW 1999, S. 1391.

Vorsorgemaßnahmen trifft³¹⁷. So muss er z.B. auch einen für falsch angesehenen richterlichen Hinweis zumindest derart aufgreifen, dass er ihn hilfsweise berücksichtigt³¹⁸.

Die Beurteilung des sichersten Weges erfolgt stets aufgrund einer Prognose aus der ex ante Sicht³¹⁹.

Zum selben Themenkomplex gehört auch die Pflicht des Anwalts, Fehler des Gerichts zu verhindern. Diese Pflicht wird ebenfalls aus dem Grundsatz des sichersten Weges abgeleitet³²⁰. Der Anwalt als „Organ der Rechtspflege“ hat dafür zu sorgen, dass das Recht auch richtig angewendet wird, da *„mit Rücksicht auf das nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit menschlicher Irrtümer“*³²¹ die Prozessordnungen gerade die Verteidigungs- bzw. Anwaltpflicht in § 46 StPO bzw. § 78 ZPO vorschreiben, um Fehler zu vermeiden.

Unter der Formulierung „Haftung für Fehler des Gerichts“ wird verstanden, dass der Anwalt nach der Rechtsprechung des BGH dazu verpflichtet sein soll, Fehler und Rechtsirrtümer des Gerichts zu verhindern. Tut er dies nicht, so hat der BGH bereits mehrfach eine Haftung des Anwalts dafür angenommen.³²²

Nach Ansicht des BGH hat der Rechtsanwalt dafür einzustehen, dass das erkennende Gericht bei seiner Entscheidung einen für den Anwalt erkennbaren Fehler begangen hat und der Anwalt dies nicht verhinderte,

³¹⁷ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 611.

³¹⁸ BGH NJW 1974, S. 1866.

³¹⁹ BGH VersR 1975, S. 541.

³²⁰ BGH NJW 1964, S. 2403; BGH NJW 1974, S. 1866; BGH NJW 1988, S. 3016; BGH NJW-RR 1990, S. 1242.

³²¹ BGH NJW 1964, S. 2403 für den Verteidiger; BGH NJW 1974, S. 1866 für den Zivilanwalt.

³²² So z.B. BGH NJW-RR 1990, S. 1241; bestätigt durch BGH NJW 2003, S. 204.

gleichgültig, ob der Fehler auf von Amts wegen zu berücksichtigenden Umständen beruht oder nicht.³²³

Ebenso hält der BGH den Anwalt für verpflichtet, Rechtsirrtümer des Gerichts zu verhindern³²⁴. Das oberste deutsche Zivilgericht führt dazu aus:

*„Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken.“*³²⁵

Seinen Richterkollegen gesteht der BGH die menschliche Schwäche zu, dem Anwalt aber wird auferlegt, dass er diese Schwäche nicht haben darf, und wenn doch, dann haftet er dafür.³²⁶

Zur Recht wird die Ansicht des BGH für die Haftung für Rechtsirrtümer des Gerichts auch weitgehend abgelehnt, da sich hier ein allgemeines Lebensrisiko realisiert, für das der Anwalt nicht haftbar gemacht werden kann.³²⁷

Diese Ansicht bekommt nun auch Unterstützung durch das Bundesverfassungsgericht³²⁸. Dieses hatte sich mit dem bereits aufgeführten Urteil des BGH aus dem Jahre 2002³²⁹ zu beschäftigen. Der BGH hatte den verklagten Anwalt zu Schadensersatz verurteilt, weil der Anwalt bei Abschluss eines familienrechtlichen Gerichtsvergleichs nicht darauf drängte, dass bestehende Unklarheiten durch das Gericht von Amts wegen ermittelt

³²³ BGH NJW 1964, S. 1173; BGH NJW 2002, S. 1049.

³²⁴ Vgl. nur BGH NJW 2002, S. 1049.

³²⁵ BGH NJW 1974, S. 1866.

³²⁶ Der BGH übersieht dabei auch die Grundsätze „da mihi facto, dabo tibi ius“ und vor allem „iura novit curia“.

³²⁷ Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 305; Borgmann/Haug³, § 28 Rdnr. 60.

³²⁸ BVerfG NJW 2002, S. 2937 f.

³²⁹ BGH NJW 2002, S. 1048 ff.

wurden. Zudem hatte das Familiengericht die Abänderungsmöglichkeit des Prozessvergleichs an § 323 I bis III ZPO gemessen, obwohl dies seit der Entscheidung des Großen Zivilrechtssenats des BGH seit 1982 nicht korrekt war.³³⁰ Nach Ansicht des BGH mussten diese beiden Fehler durch den Anwalt verhindert werden.

Da der Anwalt zwar grundsätzlich zurecht verurteilt wurde, da noch weitere Pflichtverletzungen schuldhaft begangen wurden und das BVerfG daher die Sache nicht zur Entscheidung angenommen hat, führte das oberste deutsche Gericht in einem obiter dictum folgendes aus:

„Verfassungsrechtlich bedenklich ist allerdings die Auffassung des BGH (NJW 2002, 1048), dass rechtsfehlerhaftes Unterlassen eines Gerichts, das die Folgen eines anwaltlichen Fehlers perpetuiert, obwohl ihr Eintritt durch prozessordnungsgemäße Beweisaufnahme hätte verhindert werden können, haftungsrechtlich unbeachtlich ist. Vorliegend hätte sich dem BGH aufdrängen müssen, ob in die Berufsausübungsfreiheit eines Rechtsanwalts eingegriffen wird, wenn er für eine missverständliche Formulierung haftbar gemacht wird, obwohl sie bei fehlerfreiem Verhalten des Gerichts nicht zum Schadenseintritt geführt hätte. [...] Auch als „Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) haften die Rechtsanwälte nicht ersatzweise für Fehler der Rechtsprechung, nur weil sie haftpflichtversichert (§ 51 BRAO) sind.

Das Gleiche gilt, soweit der BGH dem Bf. anlastet, es pflichtwidrig unterlassen zu haben, das Gericht auf dessen falsche Rechtsauffassung im Zusammenhang mit § 323 ZPO hinzuweisen. Auch in diesem Zusammenhang wird die Haftung zu Lasten des Rechtsanwalts verschoben, ohne den Grundrechtsbezug zu thematisieren. Rechtskenntnis und -anwendung sind vornehmlich Aufgabe der Gerichte. Fehler der Richter sind – soweit möglich – im Instanzenzug zu korrigieren. Soweit dies aus Gründen des Prozessrechts ausscheidet, greift grundsätzlich nicht im Sinne eines Auffangtatbestands die Anwaltshaftung ein. Kein Rechtsanwalt

³³⁰ Siehe BGH NJW 2002, S. 1049.

*könnte einem Mandanten mehr zur Anrufung der Gerichte raten, wenn er deren Fehler zu verantworten hätte.*³³¹

Mit diesem obiter dictum hat das BVerfG dem BGH die Notwendigkeit der Einschränkung seiner bisherigen Rechtsprechung ins Stammbuch geschrieben.³³² Es bleibt abzuwarten, ob dieser sich daran auch halten wird.

In einer neuen Entscheidung hat der BGH zwar die Ausführungen des BVerfG zur Kenntnis genommen, den Anwalt aber dennoch verurteilt.³³³ Die Entscheidung des Gerichts war vertretbar und nicht falsch, so dass der BGH sich nicht festlegen musste, ob er dem BVerfG folgt oder nicht. Eine weitere Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2002³³⁴ lässt allerdings vermuten, dass er dies nicht tun wird.

In dieser Entscheidung war im Rahmen einer Notarhaftung gem. § 839 BGB zu prüfen, ob eine andere Ersatzmöglichkeit des Schadens besteht. Es ging darum, dass wegen einer notariellen Pflichtverletzung das Eigentum an einem Grundstück nicht erworben wurde. Im Rahmen der Streitigkeit um das Eigentum kam das zweitinstanzliche Gericht wegen einer fehlerhaften Rechtsansicht zu dem Ergebnis, dass ein Eigentumserwerb nicht stattgefunden habe, obwohl die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb gegeben waren. Darauf hatte der gegnerische Anwalt in einem seiner Schriftsätze sogar hingewiesen, der Anwalt der Beklagten unterließ es jedoch, diesen Gedanken nochmals selbst dem Gericht schriftsätzlich mitzuteilen.³³⁵

Obwohl das Gericht eindeutig falsch entschieden hatte, und das sogar bei ausdrücklichem Hinweis auf die richtige Lösung durch den gegnerischen

³³¹ BVerfG NJW 2002, S. 2938.

³³² Anders Zugehör, NJW 2003, S. 3227, der dem BVerfG reißerische Formulierung und mangelnde Auseinandersetzung mit den einschlägigen Rechtsvorschriften und Urteilen des BGH vorwirft.

³³³ BGH NJW-RR 2003, S. 350.

³³⁴ BGH NJW 2003, S. 202 ff.

³³⁵ Zum Ganzen BGH NJW 2003, S. 202, 203.

Prozessbevollmächtigten, bejahte der BGH die grundsätzliche Haftung des Anwalts, weil er selbst nicht mehr ausdrücklich auf den gutgläubigen Erwerb hingewiesen hatte.³³⁶ Nach dem obiter dictum des BVerfG ist diese Zurechnung verfassungsrechtlich unzulässig, was den BGH aber an der Entscheidung – bei Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG! – nicht hinderte. Der BGH begrenzte den Schadensersatzanspruch lediglich auf den Rahmen, den der Anwalt bei richtiger Entscheidung des OLG auch hätte ersetzen müssen.³³⁷

Zugehör³³⁸ stellt in seiner Besprechung dieser Problematik fest, dass die Entscheidung des BGH richtig ist, da allgemein bei einer Schadensverursachung durch mehrere Personen die Haftung des zuerst Handelnden nicht durch das Hinzutreten eines weiteren beseitigt wird.³³⁹ Eine Berücksichtigung könne allerdings in Anlehnung an § 254 BGB danach erfolgen, wie schwerwiegend die einzelnen Schadensverursachungsbeiträge waren.³⁴⁰

Auch die weiteren Besprechungen zu den zitierten Urteilen von Mäsch³⁴¹ und Jungk³⁴² setzen sich mit der Problematik der Schadensverteilung und Zurechnung auseinander.

³³⁶ BGH NJW 2003, S. 203; diese Entscheidung widerlegt auch die These von Zugehör, NJW 2003, 3228, dass der BGH den Anwalt wegen fehlender Zurechenbarkeit dann nicht haften ließe, wenn er das Gericht ausreichend auf seinen Fehler hinweist. Wenn schon der Anwalt der Gegenpartei darauf hinweist und das Gericht dies nicht zur Kenntnis nimmt, weshalb hätte dies bei einem erneuten Hinweis durch den Beklagten anders sein sollen?

³³⁷ BGH NJW 2003, S. 204.

³³⁸ Zugehör, NJW 2003, S. 3225.

³³⁹ Zugehör, NJW 2003, S. 3230.

³⁴⁰ Zugehör, NJW 2003, S. 3230.

³⁴¹ Mäsch, JZ 2003, S. 420, der auf eine Haftungsbegrenzung durch den Gedanken des § 426 BGB abstellt und dem Anwalt das gutrechnen möchte, was dieser ohne die Haftungsprivilegierung des Richters aus § 839 BGB hätte regressieren können (JZ 2003, S. 421).

³⁴² Jungk, AnwBl. 2003, S. 104.

Die Problematik ist m.E. jedoch an ganz anderer Stelle verortet, nämlich bereits auf der Tatbestandsebene der Pflichtverletzung. Das BVerfG führt in seinem obiter dictum völlig zu recht aus: *„Die Parteien und ihre Anwälte vor dem erstinstanzlichen Familiengericht tragen im Wesentlichen Verantwortung hinsichtlich des unterbreiteten Sachverhalts und der Antragstellung oder – wie hier – bei der Formulierung von Vergleichsverträgen“*.³⁴³

Die Verantwortung für die Kenntnis des Rechts („jura novit curia“) obliegt aber alleine dem Gericht. Der Anwalt hat die Pflicht, das Gesetz, die Rechtsprechung und die Literatur zu kennen, dies aber nicht deshalb, weil er durch seinen Vortrag dem Gericht die Arbeit und erstrangige Pflicht der Rechtskenntnis abnehmen soll, sondern weil er dieser Kenntnisse zur Prüfung der Rechtslage, der Gerichtszuständigkeit, zum substantiierten Sachvortrag und zur Beratung seines Mandanten bedarf. Hat er alle diese Aufgaben erfüllt und kommt das Gericht wegen fehlerhafter Rechtsanwendung zu einem falschen Ergebnis, so ist es nicht die Aufgabe des Anwalts, dies zu verhindern. Er hat bereits im Vorhinein alle seine Pflichten erfüllt, weshalb im unterlassenen Verhindern von fehlerhaften Urteilen keine Pflichtverletzung liegt.³⁴⁴

So ist m.E. die Entscheidung des BVerfG zu verstehen. Durch Art. 12 GG ist es den Gerichten verboten, dem Anwalt die Pflicht aufzuerlegen, Fehler des Gerichts verhindern zu müssen, da die Rechtsfindung und Rechtsprechung den Gerichten obliegt, nicht dem Anwalt, welcher nur den richtigen Antrag stellen und den substantiierten Sachvortrag erbringen muss („da mihi facto, dabo tibi jus“).

Diese Problematik der Anwaltshaftung ist also offensichtlich noch nicht ausgestanden und wird wohl erst durch eine endgültige Entscheidung des BVerfG geklärt werden können.

³⁴³ BVerfG NJW 2002, S. 2938.

³⁴⁴ A.A. Guardiera-Windheim, S. 115, die aus dem Anwaltsvertrag die Nebenpflicht entnimmt, den Mandanten vor offenkundigen Fehlern des Gerichts zu bewahren.

(2) Das Prozessrisiko

Ist der Anwalt mit einem forensischen Fall beschäftigt, so ist für den Mandanten die Erfolgsaussicht des zu führenden Prozesses eine der wichtigsten Informationen. Dies auch, wenn er rechtsschutzversichert ist, da im Zusammenhang mit Prozessen meist psychische Belastungen einhergehen; das Auftreten bzw. der Kontakt mit Gerichten ist für viele Mandanten etwas nicht Alltägliches und in vielen Fällen höchst Unerfreuliches, sodass die wenigsten einen kaum aussichtsreichen Prozess führen wollen.

Demnach besteht für den Anwalt die *„Pflicht zu eingehender Unterrichtung über die einzelnen Gesichtspunkte und Umstände [...], die für das fernere Verhalten des Auftraggebers in der Angelegenheit entscheidend sein können, wobei Zweifel und Bedenken dargelegt und erörtert werden müssen [...], und dass zu diesen maßgeblichen Umständen insbesondere nicht nur das Vorhandensein, sondern auch das ungefähre, in etwa abschätzbare Ausmaß des Risikos eines zu erwartenden Rechtsstreits gehört; denn in der Regel wird der Auftraggeber nur aufgrund einer solchen Einschätzung auch des Risikoausmaßes durch den von ihm zur Beratung herangezogenen rechtskundigen Anwalt seine Entscheidung über sein weiteres Vorgehen treffen können und wollen. Dies liegt nach der allgemeinen Lebenserfahrung so nahe, dass ein um Beratung ersuchter Rechtsanwalt davon auch ohne weiteres – jedenfalls bei Beachtung der berufsfüblichen Sorgfalt – ausgehen muss.“*³⁴⁵

Der Anwalt ist nach Ansicht des BGH also verpflichtet, den Mandanten ungefragt über ein bestehendes Prozessrisiko aufzuklären, wobei er in dieser Entscheidung nur eine in etwa zu erwartende Warnung genügen lässt.

Auch hindert der BGH den Anwalt nicht daran, einen nahezu aussichtslosen Prozess zu führen, schließlich ist es letztlich die Entscheidung des

³⁴⁵ BGHZ 89, S. 182.

Mandaten, ob er ein Risiko eingehen will oder nicht. Der Rechtsanwalt muss seinem Kunden aber die Risiken und möglicherweise minimalen Erfolgchancen ausdrücklich vor Augen führen, warnend belehren und gegebenenfalls von der Klageerhebung abraten, damit dieser seine Entscheidung auf der richtigen Tatsachengrundlage treffen kann³⁴⁶. Der Anwalt ist jedoch nicht verpflichtet, den Mandanten mit allen Mitteln von einer Klage, und wenn noch so aussichtslos, abzuhalten³⁴⁷. Es gibt „zwischen dem festgestellten Offenlassen des Ausgangs des zu erwartenden Rechtsstreits [...] und der [...] Verpflichtung, strikt abzuraten, [...] auch andere Möglichkeiten näherer Aufklärung und Warnung von (mehr oder minder) erheblichen Risiken [...]“³⁴⁸.

Zu den Aufklärungspflichten gehört auch, dass der Anwalt dem juristisch unbedarften Mandanten wenigstens in groben Zügen die rechtlichen Probleme des Falles nahe bringt und die daraus folgenden Prozessrisiken aufzeigt³⁴⁹. Insbesondere dann, wenn das zu lösende rechtliche Problem noch in der Diskussion ist, ohne eine bisher sich abzeichnende herrschend Meinung, kann es durchaus wünschenswert sein, dass der Anwalt sich mit guten Gründen einer Meinung anschließt und eine höchststrichterliche Entscheidung herbeizuführen sucht³⁵⁰. Klärt er den Mandanten über dieses Vorgehen inklusive den damit verbundenen Unsicherheiten auf, hat er seiner Pflicht genüge getan³⁵¹.

(3) Das Kostenrisiko

Mit der Belehrung über die Erfolgsaussichten einer Klage hängt auch zusammen, welche Kosten möglicherweise auf den Mandanten zukommen.

³⁴⁶ BGHZ 97, S. 376; BGH NJW 1988, S. 2113.

³⁴⁷ BGHZ 97, S. 376.

³⁴⁸ BGHZ 89, S. 183.

³⁴⁹ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 165

³⁵⁰ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 166.

³⁵¹ BGHZ 97, S. 376; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 167; Rinsche⁶, Rdnr. I 127.

Allerdings muss es jedem vernünftig denkenden Menschen klar sein, dass sowohl die Dienste des Anwalts als auch die Inanspruchnahme der Gerichte nicht kostenlos sind. Deshalb hat der Anwalt auch grundsätzlich nicht die Pflicht – abgesehen von § 12 a I 2 ArbGG –, den Klienten über die zu erwartenden Kosten aufzuklären³⁵². Etwas anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise Umstände gegeben sind, die aus Treu und Glauben nach § 242 BGB eine unaufgeforderte Aufklärung verlangen, so z.B. wenn der Mandant weit überzogene Schmerzensgeldforderungen einklagen möchte, die in der Höhe keine Aussicht auf Erfolg haben, und daher nur unnötig hohe Kosten produzierte³⁵³.

Eine Selbstverständlichkeit ist es, dass der Rechtsanwalt auf die konkrete Nachfrage des Kunden eine zutreffende und realistische Antwort bezüglich der zu erwartenden Kosten gibt³⁵⁴. Bei der Belehrung sind jedoch die Umstände des Einzelfalles mit zu berücksichtigen, insbesondere die für den Anwalt erkennbare Kenntnis und Interessenlage des Auftraggebers, wobei auf die praktische Brauchbarkeit der Ausführungen zu achten ist³⁵⁵. Es genügt nicht, dass nur ein Betrag genannt wird, der Anwalt muss auch nähere Angaben zu der Zusammensetzung der Kosten machen, wozu auch die möglicherweise anfallenden Gebührentatbestände gehören³⁵⁶. Wegen der nicht abschließend für die Zukunft zu beurteilenden Umstände kann die Auskunft nur vorläufig sein, diese Vorbehalte sind dem Mandanten mitzuteilen³⁵⁷.

Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Literatur darüber, dass der Anwalt im Falle konkreter Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen für Prozesskostenhilfe dies aufgreifen und den Auftraggeber über diese Möglichkeit aufklären muss³⁵⁸.

³⁵² Borgmann/Haug³, § 20 Rdnr. 91.

³⁵³ OLG München, VersR 1984, S. 1194.

³⁵⁴ BGHZ 77, S. 29.

³⁵⁵ BGHZ 77, S. 30.

³⁵⁶ BGHZ 77, S. 30.

³⁵⁷ BGHZ 77, S. 31.

³⁵⁸ Statt aller Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 171 m.w.N.

(4) Pflichten im Zusammenhang mit Vergleichen

Ein Vergleich, gleichgültig ob gerichtlich oder außergerichtlich, soll im Sinne des § 779 BGB einen streitigen Sachverhalt unter beiderseitigem Nachgeben beilegen. Die Entscheidung darüber, ob die Angelegenheit auf diesem Weg bereinigt werden soll, obliegt ausschließlich dem Mandanten, so dass der Anwalt sich grundsätzlich der Zustimmung seines Auftraggebers versichern muss³⁵⁹.

Da der Auftraggeber eine sachgerechte und vernünftige Entscheidung nur treffen kann, wenn er die einzelnen Umstände der Problematik erfasst hat und sich über die Folgen eines Vergleiches im Klaren ist, muss er durch seinen Anwalt eine entsprechende Aufklärung erhalten³⁶⁰.

Dazu gehört – in engem Zusammenhang mit der Rechtsprüfungspflicht –, dass der Rechtsanwalt die rechtliche Lage einschätzt, die Erfolgsaussichten des Prozesses bzw. einer künftigen Klage einschätzt und diese dem Mandanten auseinandersetzt. Ist z.B. der Abschluss eines Vergleiches aufgrund bestehender Judikatur klar ungünstiger als eine Entscheidung des Falles durch Urteil, so begeht der Anwalt nach einhelliger Ansicht einen Pflichtenverstoß, wenn er zum Vergleich rät³⁶¹.

Bei der Abwägung des Für und Wider eines Vergleiches hat der Anwalt bei seiner Empfehlung aber grundsätzlich einen weiten Ermessensspielraum, innerhalb welchem er eine gewissenhafte Interessensabwägung zu treffen hat³⁶². Diese hat nicht nur die rein rechtlichen Aspekte des Falles zu berücksichtigen, sondern auch die wirtschaftlichen und persönlichen Inte-

³⁵⁹ BGH NJW 2002, S. 292; Zugehör/Sieg, Rdnr. 754.

³⁶⁰ BGH NJW 1994, S. 2086; NJW 2002, S. 292; NJW-RR 2000, S. 792.

³⁶¹ Borgmann/Haug³, § 20 Rdnr. 98; Zugehör/Sieg, Rdnr. 761; BGH NJW-RR 1996, S. 568.

³⁶² Zugehör/Sieg, Rdnr. 757; OLG Hamburg, MDR 1999, S. 122.

ressen des Mandanten³⁶³. Von dieser Pflicht wird der Rechtsberater auch dadurch nicht entlastet, dass der Vergleichsvorschlag vom erkennenden Gericht stammt, da der Anwalt seinem Auftraggeber verpflichtet ist³⁶⁴.

Der dem Anwalt zugestandene Ermessensspielraum ist – wie bereits erwähnt – in Fällen von eindeutigen Vor- oder Nachteilen des Vergleiches begrenzt, was sich aber aus objektiven Anhaltspunkten ergeben muss³⁶⁵. In diesem Zusammenhang ist stets zu bedenken, dass dem Anwalt zwar bezüglich des „Ob“ des Vergleichsschlusses ein weiter Ermessensspielraum zusteht, nicht aber bezüglich der Belehrung und der Einwilligung des Mandanten³⁶⁶. Deshalb muss der Anwalt seinen Mandanten über die Vor- und Nachteile des Vergleiches aufklären, selbst dann, wenn der vorgeschlagene Vergleich das Äußerste darstellt, was bei der Gegenseite zu erreichen ist.³⁶⁷

Unabdingbar für die Vermeidung einer Pflichtverletzung ist nicht zuletzt die Absprache mit dem Auftraggeber und die Einhaltung der erteilten Weisung³⁶⁸. Deshalb ist der Abschluss eines unwiderruflichen Vergleichs ohne Absprache mit dem Mandanten ein hohes Haftungsrisiko, da hier keinerlei Ermessensspielraum zugestanden wird³⁶⁹.

Im Regressprozess hat das Gericht aus der ex-ante Sicht zu beurteilen, ob das Anraten zu oder Abraten vom Vergleich vertretbar war oder nicht. Eine ex-post Beurteilung verbietet sich, da bei nicht wenigen Vergleichen gerade die Unsicherheit über die Zukunft mit ausschlaggebend ist.³⁷⁰

³⁶³ BGH NJW 1993, S. 1329.

³⁶⁴ Borgmann/Haug³, § 20, Rdnr. 100; ebenso Zugehör/Sieg, Rdnr. 759.

³⁶⁵ OLG Oldenburg, NJW-RR 1991, S. 1047.

³⁶⁶ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 177; zustimmend Borgmann/Haug³, § 20 Rdnr. 103.

³⁶⁷ BGH NJW 2002, S. 292.

³⁶⁸ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 177.

³⁶⁹ Borgmann/Haug³, § 20 Rdnr. 105.

³⁷⁰ Borgmann/Haug³, § 20 Rdnr. 101; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 175; OLG Frankfurt a.M. NJW 1988, S. 3270.

Der Anwalt ist letztlich auch dafür verantwortlich, dass bei der Abfassung des Vertragstextes, auch wenn vom Gericht vorgenommen, eine vollständige und richtige Niederlegung des Mandantenwillens vorgenommen wird, der Inhalt möglichst genau und eindeutig ist, so dass es einer Auslegung des Wortlautes nicht mehr bedarf.³⁷¹

(5) Aufklärungspflicht mit Wirkung gegen sich selbst

Eine Besonderheit im Wirtschaftsleben und Ausdruck des besonderen Vertragsverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant ist die Pflicht des Anwalts, seinen Auftraggeber über seine eigenen Pflichtverletzungen aufzuklären und auf mögliche Haftpflichtansprüche gegen sich selbst hinzuweisen³⁷².

Verletzt der Anwalt diese Pflicht, macht er sich wiederum schadensersatzpflichtig, was zu einer Verlängerung der Verjährung führt (dazu später unter Gliederungspunkt I. genauer).

b) Beispiele für weitere Belehrungspflichten

Die umfassende Beratung ist nach der Rechtsprechung nicht nur auf den rein juristischen Rat begrenzt, sondern umfasst möglicherweise auch – je nach Gegebenheit – rein praktische und sachgerechte Ratschläge im Zusammenhang mit dem Mandat³⁷³.

So ist z.B. der Anwalt verpflichtet, den Mandanten zur Erfüllung seiner Pflicht zur Schadensminderung darauf hinzuweisen, dass er sich rechtzeitig nach neuen Räumen für ein Hotel umsieht, nachdem die zuständige

³⁷¹ Vgl. BGH NJW 2002, S. 1049; NJW 1996, S. 2648.

³⁷² Borgmann/Haug³, § 20 Rdnr. 72; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 178

³⁷³ Borgmann/Haug³, § 20 Rdnr. 70.

Behörde für das bisherige die Nutzungserlaubnis untersagt hat³⁷⁴. Er ist auch verpflichtet, dem Mandanten zu raten, gelieferte Ware, die dieser nicht abnehmen muss, in Obhut zu nehmen, um im Falle einer tatsächlich doch bestehenden Abnahmepflicht eigenen Schaden zu vermeiden, sollte die Ware verderben³⁷⁵.

2. Einschränkung der Beratungspflicht

Wie das den BGH kritisierende Schrifttum³⁷⁶ nimmt auch dieser selbst Konkretisierungen der allgemeinen Formel vor.

Entscheidend dafür, wie umfangreich und detailliert die Belehrung sein muss, ist zunächst die Belehrungsbedürftigkeit des Mandanten, wobei der allgemeinen und insbesondere der juristischen Bildung des Auftraggebers besondere Bedeutung zukommt³⁷⁷.

Ganz wesentlich wird der Umfang der Belehrungspflicht durch das konkrete Mandat bestimmt (zum Vorliegen eines beschränkten Mandats und den damit einhergehenden beschränkten Pflichten des Anwalts siehe Punkt B IV 2).

Sind die notwendigen Voraussetzungen gegeben, so hat der Anwalt nur in einem bestimmten Umfang zu belehren und muss keine erschöpfende Beratung vornehmen³⁷⁸. Diesbezüglich sei jedoch nochmals auf die bereits oben ausgeführte Rechtsprechung des BGH hingewiesen, der ein eingeschränktes Mandat nur ausnahmsweise gelten und selbst dann keine gänzliche Beschränkung zulässt (siehe unter B IV 2).

³⁷⁴ BGH NJW 1986, S. 183.

³⁷⁵ OLG Frankfurt a.M. VersR 1980, S. 288.

³⁷⁶ Z.B. Borgmann/Haug³, § 20, Rdnr. 67.

³⁷⁷ BGH NJW 1993, S. 1322; Zugehör/Zugehör/ Rdnr. 588; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 159.

³⁷⁸ BGH NJW 1993, S. 2045; BGH NJW 1988, S. 1080 f.

V. Sonstige Pflichten

Die vorstehend aufgeführten Pflichten des Anwalts aus dem Mandant sind selbstverständlich nicht erschöpfend. Sie umfassen nur die wichtigsten und haftungsträchtigsten. Daneben bestehen noch eine Vielzahl von Verpflichtungen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.³⁷⁹

Als Beispiele seien die Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Handakten (§ 50 BRAO), das Verschwiegenheitsgebot des § 2 BORA und § 203 StGB oder das Sachlichkeitsgebot³⁸⁰ genannt.

VI. Die Bedeutung von Weisungen durch den Mandanten für die Haftung

Der Anwaltsvertrag ist ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag, meist in Form eines Dienstvertrages³⁸¹. Über die Verweisungsnorm des § 675 BGB ist auch der § 665 BGB anwendbar, der die grundsätzliche Weisungsgebundenheit des Anwalts zum Ausdruck bringt.

Eine derartige Bindung ist aus Sicht des Mandanten durchaus gerechtfertigt, da er schließlich die Folgen seines erteilten Auftrages zu tragen hat³⁸².

In den bisherigen Ausführungen wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass vor allem die Beratungspflicht des Anwalts eng mit der Entscheidungsmöglichkeit des Mandanten zusammenhängt, sodass sich der Kreis insoweit hier schließt.

³⁷⁹ Dazu näher Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 202 ff.

³⁸⁰ Dazu näher Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 202 ff.

³⁸¹ Siehe bereits oben unter B. I. 1., 2.

³⁸² Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 192; Borgmann/Haug³, § 22 Rdnr. 124.

Ausgehend vom Recht des Mandanten, dem Anwalt Weisungen für das weitere Vorgehen zu erteilen, muss im Auge behalten werden, dass es dem juristischen Laien gar nicht möglich ist, von seinem Recht umfänglich Gebrauch zu machen. Der Rechtsanwalt prüft den Sachverhalt und stellt abschließend sein Ergebnis dar, zumeist verbunden mit einer Empfehlung für das weitere Vorgehen. Die bestehende Unsicherheit, wie im konkreten Fall zu handeln ist, veranlasst den Mandanten, anwaltlichen Rat einzuholen, so dass dessen Urteil vielfach nicht in Zweifel gezogen wird.

In diesem Kontext ist auch die Ansicht des BGH zu beurteilen, der es dem Anwalt in der Regel zugesteht, die Angelegenheit, soweit keine konkreten Anweisungen getroffen wurden, nach seinem Gutdünken zu behandeln. Er muss nur darauf achten, seinen Mandanten vor vorhersehbarem Schaden zu bewahren³⁸³. Insofern gelten für die Haftung die oben aufgezeigten Pflichten.

Da in der Juristerei keine Regeln ohne Ausnahmen bestehen, muss der Rechtsanwalt in gewissen Fällen dennoch die Weisung des Mandanten suchen. Dies soll immer dann erfolgen, wenn die Entscheidungen den Mandanten *„entweder entscheidend finanziell oder aber in seinen Rechten wesentlich oder gar endgültig unwiderruflich betreffen.“*³⁸⁴

Dazu gehören beispielsweise die Erhebung einer Klage, ein Anerkenntnis, der Abschluss eines unwiderruflichen Vergleichs oder die Einlegung eines Rechtsmittels³⁸⁵.

Erteilt der Mandant jedoch Weisungen, so hat der Anwalt diese bei seinem Vorgehen auch grundsätzlich zu berücksichtigen und seinem Handeln zugrunde zu legen. Allerdings darf dies nicht unreflektiert geschehen, angesichts der angesprochenen juristischen „Unbelecktheit“ des Durchschnittsmandanten. Vielmehr hat der Anwalt die erteilte Weisung

³⁸³ BGH VersR 1980, S. 926.

³⁸⁴ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 193.

³⁸⁵ Borgmann/Haug³, § 22 Rdnr. 124 m.w.N.

daraufhin zu überprüfen, ob das vom Auftraggeber erstrebte Ziel so am besten und sichersten erreicht werden kann oder ob der angewiesene Weg erkennbar Nachteile bringt³⁸⁶. In diesem Fall hat der Anwalt seinen Mandanten auf diese Gefahren hinzuweisen und mögliche Alternativen aufzuzeigen³⁸⁷.

Dies alles ändert nichts an der grundsätzlichen Weisungsgebundenheit des Anwalts, sondern – wie Vollkommer völlig zurecht feststellt – konkretisiert lediglich die Pflicht zur Beachtung der erteilten Weisungen³⁸⁸. Hat der Anwalt dieser Pflicht genüge getan, so kommt eine Haftung wegen einer Pflichtverletzung nicht in Betracht, wenn die Angelegenheit für den Auftraggeber negativ oder zumindest nicht wunschgemäß endet³⁸⁹. Dies folgt schon daraus, dass der Anwalt nicht berechtigt ist, von den Weisungen abzuweichen, sein Handeln also nur durch die Weisung gerechtfertigt ist³⁹⁰.

Es gibt allerdings auch Fälle, in welchen die Vorgaben des Mandanten derart unsachgemäß oder sogar evident rechtswidrig sind, dass ihnen der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege nicht folgen muss oder sogar darf. Der Anwalt ist „*weder der Vormund noch der Sklave des Mandanten*“.³⁹¹

Ist das geforderte Vorgehen rechtswidrig oder verstößt es gegen die guten Sitten, so ist die Weisung unverbindlich und darf nicht befolgt werden³⁹². So handelt der Anwalt z.B. nicht pflichtwidrig, wenn er sich weigert, einen von Anbeginn an aussichtslosen Prozess zu führen oder ein erkennbar erfolgloses Rechtsmittel einzulegen. Dies verbietet ihm schon

³⁸⁶ BGH VersR 1985, S. 84; NJW 1985, S.43.

³⁸⁷ BGH VersR 1985, S. 84; ebenso Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 194; Borgmann/Haug³, § 22, Rdnr. 126; Rinsche⁶, Rdnr. I 143.

³⁸⁸ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 195.

³⁸⁹ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 978.

³⁹⁰ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 978.

³⁹¹ Rinsche⁶, Rdnr. I 139.

³⁹² OLG Karlsruhe, VersR 1995, 538; Zugehör/Zugehör, Rdnr. 979

die Berufsordnung in § 43a BRAO. Führt der Anwalt den Prozess trotzdem oder legt er dennoch Rechtsmittel ein, so haftet er nach ausführlicher Aufklärung seines Mandanten diesem gegenüber nicht³⁹³. Ob er gegenüber Dritten haftet oder ob er die Kosten für die aussichtslose Rechtsverfolgung zu tragen hat, ist eine andere Frage und wird erst später zu behandeln sein.

Weiterhin kann in besonderen Ausnahmefällen die Pflicht des Anwalts gegeben sein, von Weisungen des Mandanten abzuweichen³⁹⁴, so z.B. wenn ein Verstoß gegen die guten Sitten droht³⁹⁵. Ansonsten ist ein Abweichen aber nur unter den Voraussetzungen des § 665 BGB zulässig, die – wie die faktische Unmöglichkeit der rechtzeitigen Einholung der Weisung sowie das zu erwartende Einverständnis des Auftraggebers – aber nur sehr selten gegeben sein werden³⁹⁶. Dieser Fall ist am ehesten noch in einem Prozess denkbar, in welchem der Mandant nicht anwesend ist. Allerdings bestehen für den Anwalt auch hier genügend Möglichkeiten, sich zunächst des Willens des Mandanten zu versichern, wie z.B. durch vorheriges Absprechen von Alternativverhalten, Beantragung einer Fristverlängerung oder Vertagung³⁹⁷.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das Haftungsrisiko des Anwalts nach entsprechender Aufklärung des Mandanten durch das Einhalten der erteilten Weisungen auf ein kalkulierbares Maß reduziert wird. Dies setzt jedoch die Erfüllung der oben aufgeführten Aufklärungs- und Belehrungspflicht voraus.

³⁹³ BGHZ 97, 376; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 198

³⁹⁴ Borgmann/Haug³, § 22 Rdnr. 135 m.w.N.

³⁹⁵ Soergel¹²/Mühl, § 665 Rdnr. 7.

³⁹⁶ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 199.

³⁹⁷ Vollkommer Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 199.

D Haftung aus dem Mandat – Haftungsgrundlagen

Das Ziel der vorgelegten Arbeit liegt darin aufzuzeigen, wie möglichst exakt zwischen Pflichtverletzung und Verschulden unterschieden werden kann, da dies in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur in unzureichender Weise erfolgt und die Haftungsmerkmale des Tatbestandes und des Verschuldens vermischt werden.

Die Unterscheidung zwischen rein objektiv zu bestimmendem Tatbestand und Vorwerfbarkeit der Verletzung ist schwierig, das Bedürfnis nach praktikablen Lösungen umso größer.

Im neuen Schuldrecht ist in § 280 I 1 BGB n.F., der neben § 311a II BGB n.F. die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz wegen Leistungsstörungen bildet³⁹⁸, die Aufteilung in den objektiven Tatbestand der Pflichtverletzung und das subjektive Vertretenmüssen klar ersichtlich. Es bringt insoweit eine Verschärfung der Schuldnerhaftung mit sich als das Vertretenmüssen des Schuldners in § 280 I 2 BGB n.F. vermutet wird und damit die Regelung des § 282 BGB a.F. auf alle Leistungsstörungen ausgedehnt wird.

Diese Neuerung lässt das Erfordernis einer klaren und eindeutigen Unterscheidung von Tatbestand und Verschulden nachdrücklich zu Tage treten. Je nach Zuordnung eines Haftungsmerkmals zum Tatbestand oder zur Schuld ergibt sich insbesondere eine unterschiedliche Beweislastverteilung, da für alle Umstände des objektiven Tatbestandes der Gläubiger beweisbelastet ist, das Verschulden des Schuldners nun aber nach § 280 I 2 BGB n.F. vermutet wird.

Bemerkenswert ist auch, dass sich der Gesetzgeber für den Begriff der Pflichtverletzung als Grundlage jeder Haftungspflicht entschieden hat, so dass die Abgrenzung der Pflichtverletzung als Tatbestandsmerkmal vom Verschulden zusätzliche Bedeutung gewinnt.

³⁹⁸ Schmidt-Ränsch, Das neue Schuldrecht, Rdnr. 312

In den Monographien zur Anwaltshaftung³⁹⁹ steht die Haftung des Anwalts aus pFv und c.i.c im Vordergrund, weitere Haftungsgrundlagen werden kaum oder nicht angesprochen. Hier sollen der Vollständigkeit halber die weiteren möglichen Anspruchsgrundlagen kurz angerissen werden. Die Darstellung folgt der Bedeutung der Anspruchsgrundlagen in der Praxis und der Praktikabilität der Darstellung innerhalb dieser Arbeit.

I. Die Haftungsgrundlagen vor der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002

Grundlage der Untersuchung muss selbstverständlich das Recht vor der Schuldrechtsreform sein. Die wesentlichen Änderungen wie die gesetzliche Regelung der pFv, der c.i.c. und des Wegfalls (nunmehr Störung genannt § 313 BGB n.F.) der Geschäftsgrundlage beruhen alle auf den Entwicklungen in der Rechtsprechung und Literatur seit der Einführung des BGB am 01.01.1900.

Die Bearbeitung des neuen Rechts muss auf der bisherigen Rechtslage aufbauen, da sich der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsreform in hohem Maß an den bisherigen Rechtsentwicklungen orientiert hat und es ein wesentlicher Bestandteil der Reform war, das bisher unkodifizierte Recht in Normen zu gießen.

Die Erkenntnisse, welche zur bisherigen Rechtslage gewonnen werden, sind für die Anwendung des neuen Rechts von elementarer Bedeutung, wie noch nachgewiesen wird. Ohne dem Folgenden vorzugreifen, kann bereits gesagt werden, dass mit dem reformierten Schuldrecht zwar einiges geändert wurde, aber dennoch vieles beim Alten geblieben ist, auch wenn einige Stimmen in der juristischen Publizistik auf anderes schließen

³⁹⁹ Borgmann/Haug³, Anwaltshaftung; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, der ebenfalls eine ausführlichere Darstellung der einzelnen Haftungsgrundlagen wählt; Rinsche⁶, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars.

lassen, da eine Art „Endzeitstimmung des deutschen Zivilrechts“ beschworen wurde⁴⁰⁰.

1. Unmöglichkeit und Verzug

Vorweg sei bereits angemerkt, dass die Leistungsstörungen des Verzugs und vor allem der Unmöglichkeit kaum praktische Relevanz für die Anwaltshaftung haben. Das Vorliegen einer anfänglichen objektiven Unmöglichkeit iSd § 306 BGB a.F. ist kaum denkbar, da rechtliche Probleme stets in irgendeiner Art und Weise lösbar sind; es gibt keinen rechtsfreien Raum in Deutschland.

Der Anwalt schuldet grundsätzlich sein Tätigwerden und keinen Erfolg, abgesehen vom seltenen Vorliegen eines Werkvertrags, weshalb auch ein anfängliches subjektives Unvermögen nicht denkbar ist.

Für die nachträgliche Unmöglichkeit nach § 275 I BGB a.F., der das Unvermögen in § 275 II BGB a.F. gleichgestellt war, sowie die Haftung aus Verzug nach den §§ 284 ff BGB a.F. hat der BGH in früheren Entscheidungen anders⁴⁰¹ geurteilt. Für Steuerberater wurde entschieden, dass die Erledigung der Steuererklärung innerhalb der Erklärungsfrist zu den Hauptleistungspflichten des Schuldners gehört und nicht lediglich eine Schutzpflicht darstellt⁴⁰². Wird diese Pflicht zu spät erfüllt und die gesetzliche Frist versäumt, so liegt darin nach Auffassung des BGH eine „*schlichte Nichterfüllung*“⁴⁰³. Für den konkreten Fall nahm die Rechtsprechung sogar einen Fall der Unmöglichkeit iSd § 275 BGB a.F. an und lehnte eine Haftung aus Verzug ab, da der Steuerschuldner nicht nach

⁴⁰⁰ Z.B. Knütel, NJW 2001, S. 2519 ff; Altmeppen, DB 2001, S. 1133.

⁴⁰¹ Die Entscheidung erging zu Steuerberatern, welche aber in Übereinstimmung mit Zugehör/Fischer, Fn. 1698 erst recht für den Anwalt gelten muss.

⁴⁰² BGHZ 84, S. 248.

⁴⁰³ BGHZ 84, S. 248.

der Steuererklärung veranlagt, sondern vom Finanzamt geschätzt wurde⁴⁰⁴.

Für den Rechtsanwalt, der ebenfalls eine Vielzahl von Fristen zu beachten hat und im Prozessrecht stets der Gefahr der Präklusion ausgesetzt ist, war diese Rechtsprechung fatal. Wenn man den Grundsatz des Dienstvertrages, lediglich das Tätigwerden zu schulden, ernst nimmt, muss man diese Rechtsprechung ablehnen⁴⁰⁵. Der Schuldner ist grundsätzlich gerade nicht verpflichtet, einen Erfolg (z.B. die Einhaltung sämtlicher Fristen) herbeizuführen, weshalb die Rechtsprechung des BGH nicht nachvollziehbar war.

Zu dieser Einsicht ist auch der BGH gelangt und hat seine Rechtsprechung im Jahr 1992 geändert. Der Dienstvertrag in Form eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages verpflichtet nur *„zur sorgfältigen und sachkundigen Beratung sowie Betreuung des Mandanten, insbesondere dazu, dass sie ihrerseits alle Schritte rechtzeitig vorbereiten, die für ein fristgebundenes Handeln ihres Mandanten erforderlich sind. Sie übernehmen jedoch regelmäßig nicht die Gewähr für das rechtzeitige Gelingen des Bemühens.“*⁴⁰⁶

Damit kommen Ansprüche aus Unmöglichkeit und Verzug nur in Ausnahmefällen in Betracht, wenn der Anwalt einzelne und nach ihrem konkreten Inhalt abgrenzbare fällige Aufgaben nicht oder nicht rechtzeitig erledigt hat, wobei dann meistens ein Werkvertrag gegeben sein wird⁴⁰⁷.

Haftungsgrundlage für Schadensersatz sind beim Verzug § 286 BGB a.F. und bei der Unmöglichkeit § 325 BGB a.F., welcher eine Vielzahl von

⁴⁰⁴ BGHZ 84, S. 249.

⁴⁰⁵ Ebenso Haug, ZIP 1982, S. 1223; Späth, DStR 1985, S. 450.

⁴⁰⁶ BGHZ 115, S. 389.

⁴⁰⁷ Zugehör/Fischer, Rdnr. 991.

Möglichkeiten geboten hat, wie der Gläubiger seinen Schadensersatz berechnet.⁴⁰⁸

2. Haftung aus vertragsspezifischen gesetzlichen Regelungen

Neben dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht, das für alle Vertragsarten gilt, finden sich auch in den speziellen gesetzlichen Regelungen zum Dienst- und Werkvertragsrecht - als entgeltliche Geschäftsbesorgungen - einzelne Haftungsgrundlagen.

Für den Dienstvertrag ist § 627 II BGB zu nennen. Dem Anwalt ist es grundsätzlich nicht verwehrt, sich außerordentlich ohne Einhaltung einer Frist von einem Mandat zu trennen. Für die Wirksamkeit der Kündigung ist es auch nicht erheblich, ob ein wichtiger Grund vorgelegen hat oder nicht⁴⁰⁹. Kündigt der Anwalt aber ohne einen solchen wichtigen Grund, dann ist er dem Mandanten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn diesem dadurch ein Schaden entsteht dergestalt, dass seine Rechtsangelegenheit unter der Unzeit der Kündigung leidet.

Darunter fällt z.B. die Pflicht des Anwalts, gegebenenfalls eine Fristverlängerung zu beantragen oder einen Termin noch wahrzunehmen, bevor er das Mandat niederlegt⁴¹⁰. Anderenfalls muss er sich die Kündigung zur Unzeit vorwerfen lassen und die entstehenden Kosten für die Versäumung als Schadensersatz nach § 627 II BGB ersetzen.

Im Gegensatz zum Dienstvertrag sind die Folgen einer Leistungsstörung im Werkvertragsrecht wesentlich umfangreicher normiert. Die meisten Pflichtverletzungen des Anwalts, soweit ausnahmsweise ein Werkvertrag

⁴⁰⁸ Die Möglichkeiten reichten von Schadensersatz nach der Austausch- oder Differenzmethode bis hin zum Rücktritt vom Vertrag und den Rechten aus § 323 BGB a.F.; zum Ganzen im Überblick Palandt⁶¹/Heinrichs, § 325 Rdnr. 5 ff.

⁴⁰⁹ Siehe bereits unter B V 2 a).

⁴¹⁰ Erman¹⁰/Belling, § 627 Rdnr. 9; Zugehör/Sieg, Rdnr. 78.

vorliegt, fallen unter die Regelungen der §§ 633 ff BGB a.F. und schließen weitgehend die sonst einschlägige Haftungsgrundlage der pFv aus.

Eine Ausnahme bilden nur die sog. Mangelfolgeschäden, die nach wohl h.M. nicht von § 635 BGB a.F. erfasst werden, sondern der pFv unterliegen⁴¹¹. Kompliziert wird die Meinung des BGH dadurch, dass sie im Werkvertragsrecht die sog. „nahen“ Mangelfolgeschäden noch unter § 635 BGB a.F. subsumiert, wohingegen die sog. „entfernten“ Mangelfolgeschäden nicht mehr umfasst sein sollen und durch die pFv erfasst werden⁴¹². Ein naher Mangelfolgeschaden ist dann gegeben, wenn der Schaden mit dem Mangel am Werk in engem und unmittelbarem Zusammenhang steht.⁴¹³

Nach anderer Auffassung eines beachtlichen Teils der Literatur deckt § 635 BGB a.F. sämtliche Folgeschäden aus dem Werkvertrag ab und vermeidet damit die komplizierte und oft kaum dogmatisch sauber zu treffende Unterscheidung von Mangelschaden, nahem und entferntem Mangelfolgeschaden⁴¹⁴. Ein näheres Eingehen auf diese Problematik ist für die vorliegende Darstellung nicht angezeigt, es muss für die näheren Einzelheiten auf die benannten Darstellungen verwiesen werden.

Für den Anwaltsvertrag ist die Unterscheidung nur von eingeschränkter Bedeutung, da die praktische Relevanz bei anderen Vertragspartnern in der unterschiedlichen Verjährung der Ansprüche aus § 635 BGB a.F. und der pFv liegt. Nach h.M. in Rechtsprechung und Literatur verjähren die Ansprüche aus pFv nicht in 6 Monaten nach § 638 BGB a.F., sondern in 30 Jahren⁴¹⁵, womit es sehr entscheidend sein kann, ob ein Mangelfolgeschaden noch unter die §§ 635, 638 BGB a.F. oder unter die pFv fällt. Da

⁴¹¹ Vgl. BGH BGHZ 37, S. 344; BGH NJW-RR 1996, S. 1206; Münch-Komm³/Soergel, Bd. 4, § 635 Rdnr. 18 m.w.N.

⁴¹² BGH NJW-RR 1996, S. 1206.

⁴¹³ Palandt⁶¹/Sprau, Vorbem v § 633 Rdnr. 23.

⁴¹⁴ Vgl. Esser/Weyers⁸, Schuldrecht BT, § 32 II 6b; Soergel¹²/Teichmann, § 635 Rdnr. 9 m.w.N.

⁴¹⁵ Palandt⁶¹/Sprau, § 638 Rdnr. 4 m.w.N.

für den Anwaltsvertrag die Sonderbestimmung des § 51b BRAO als *lex specialis* mit einer einheitlichen Regelung für die Verjährung gilt, die § 638 BGB a.F. verdrängt⁴¹⁶, ist diese Problematik beseitigt.

Die klassischen Bereiche, in welchen ein Anwaltswerkvertrag vorliegt, sind die reine Rechtsauskunft zu einem bestimmten abgrenzbaren Problem sowie die Erstellung eines Gutachtens⁴¹⁷.

Unter den Voraussetzungen der §§ 634, 635 BGB a.F., wobei ein Fristsetzung nach § 634 II BGB a.F. im Einzelfall entbehrlich sein kann, steht es dem Mandanten offen, entweder den Vertrag zu wandeln oder Schadensersatz geltend zu machen; eine Minderung wird kaum in Frage kommen. Unterschiede zur pFv liegen zum einen in der Voraussetzung einer Fristsetzung, die aber gerade bei Gutachten, die einen Prozess vorbereiten sollen, obsolet sein wird, da die Beseitigung des Mangels nicht mehr möglich ist, wenn der Prozess wegen des fehlerhaften Gutachtens schon verloren wurde. Zumindest ist dem Besteller ein Interesse an sofortigem Schadensersatz zuzugestehen. Als zweites ist zu nennen, dass die pFv vor der Schuldrechtsreform keine Möglichkeit zur Wandelung bietet, sondern grundsätzlich auf Schadensersatz ausgerichtet ist.

Weitere Haftungsgrundlagen bieten im Werkvertragsrecht noch § 633 BGB a.F. auf Nachbesserung und Mängelbeseitigung und § 636 BGB a.F. für die verspätete Herstellung des Werkes mit der Folge eines möglichen Rücktritts nach den Vorschriften des § 327 BGB a.F..

3. Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)

Der Rechtsanwalt führt grundsätzlich fremde Geschäfte, d.h. er übernimmt Angelegenheiten, für die eigentlich ein Dritter zuständig ist. In den

⁴¹⁶ BGH NJW 1996, S. 662; Henssler/Prütting, § 51b Rdnr. 16; Vollkommer, Anwaltschaftsrecht, Rdnr. 453.

⁴¹⁷ BGH NJW 1965, S. 106; OLG Düsseldorf, VersR 1993, S. 703.

allermeisten Fällen liegt dieser Tätigkeit ein Auftrag zugrunde, der nach der obigen Darstellung zustande kommt und durchgeführt wird.

Allerdings kommt es in Ausnahmefällen vor, dass der Rechtsanwalt von sich aus tätig wird, ohne von einem Mandanten damit beauftragt worden zu sein. Dann hat er nach § 677 BGB die Geschäfte so zu führen, wie es den Interessen des Mandanten entspricht, und nach dessem tatsächlichen oder mutmaßlichem Willen zu handeln⁴¹⁸.

Die Fälle, in welchen das Recht der GoA zur Anwendung kommt, sind selten, haben aber dennoch mehrfach auch den BGH beschäftigt. Nach dessen umstrittener⁴¹⁹ Rechtsprechung ist die GoA auf Anwaltsverträge anzuwenden, die zwar geschlossen wurden, aber aus einem bestimmten Grund unwirksam sind⁴²⁰. Als Nichtigkeitsgründe kommen vor allem die sittenwidrigen Geschäfte nach § 138 BGB sowie solche in Betracht, die gegen ein gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB verstoßen⁴²¹. So hat der BGH den Vertrag über die Vermittlung von Adelstiteln durch Adoption für sittenwidrig erklärt und den nach § 138 BGB nichtigen Vertrag über die Regeln der GoA abgewickelt⁴²², wobei dem nach ständiger Rechtsprechung⁴²³ nicht entgegensteht, dass sich der Anwalt zur Tätigkeit verpflichtet gehalten hat.

⁴¹⁸ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 236.

⁴¹⁹ A.A. z.B. Jauernig⁸/Vollkommer, § 677 Rdnr. 6; Erman¹⁰/H. Ehmann, vor § 677 Rdnr. 15; die das Geschäft nach Bereicherungsrecht abwickeln wollen, da sich der Geschäftsführer zur Leistung verpflichtet hält und damit eine GoA ausscheide. Diese Ansicht findet aber im Gesetz keine Stütze und ist abzulehnen BGHZ 37, S. 263.

⁴²⁰ Zugehör/Sieg, Rdnr. 1602.

⁴²¹ Zugehör/Sieg, Rdnr. 1602; für die Nichtigkeit nach § 134 BGB ist zu beachten, dass hier der BGH davon ausgeht, dass sich der Auftragnehmer, in diesem Fall ein Steuerberater, der gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßen hat, wegen des Gesetzesverstoßes nicht zur Durchführung des Auftrags berechtigt ansehen durfte und deshalb Bereicherungsrecht zur Anwendung kommt BGH NJW 2000, S. 1562.

⁴²² BGH NJW 1997, S. 48.

⁴²³ Bereits BGHZ 37, S. 262 f; BGH NJW 1988, S. 132.

Ein weiterer Fall der GoA kann bei einer Beiordnung des Rechtsanwaltes im Prozesskostenhilfverfahren entstehen, wenn nur die Beiordnung angeordnet wird, aber zwischen dem Anwalt und dem Mandanten noch kein umfassender Vertrag geschlossen wurde⁴²⁴.

Für die Haftung des Anwaltes kommt es darauf an, ob eine berechtigte oder eine unberechtigte GoA vorliegt. Bei einer berechtigten GoA steht das Handeln des Anwalts mit dem erkennbaren oder zumindest mutmaßlichen Willen des Mandanten in Einklang (e contrario § 678 BGB, § 683 BGB). In diesem Fall haftet der Anwalt aus dem entstandenen gesetzlichen Schuldverhältnis nur nach den allgemeinen Grundsätzen für die Schlechterfüllung, also Unmöglichkeit (§§ 280 ff BGB a.F.), Verzug (§§ 284 ff BGB a.F.) und pFv⁴²⁵.

Handelt der Anwalt jedoch gegen den tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherren und kannte er diesen bzw. kannte er ihn fahrlässig nicht (sog. Übernahmeverschulden), so liegt eine unberechtigte GoA vor und er haftet nach § 678 BGB auf Schadensersatz⁴²⁶. Die Haftung ist in diesem Fall verschärft, da der Schadensersatz außer dem Übernahmeverschulden nach § 678 a.E. BGB kein weiteres Verschulden mehr voraussetzt.

4. Positive Forderungsverletzung

a) Allgemeines

Herzstück der Anwaltshaftung vor der Reform war die Haftung aus positiver Forderungsverletzung⁴²⁷ (pFv) oder auch positiver Vertragsverletzung (pVv), was nicht zuletzt darauf beruht, dass es im Dienstvertragsrecht

⁴²⁴ Soergel¹²/Kraft, Vor § 611 Rdnr. 97; Zugehör/Sieg, Rdnr. 165.

⁴²⁵ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 236; Palandt⁶¹/Sprau, § 677 Rdnr. 15.

⁴²⁶ Palandt⁶¹/Sprau, § 678 Rdnr. 2 f.

⁴²⁷ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 214.

keine Gewährleistungsregeln gibt. Die Formulierung pVv hat sich zwar eingebürgert, ist aber ungenau. Zum einen greift diese Rechtsfigur nicht nur bei Pflichtverletzungen aus Vertrag, sondern auch bei anderen Rechtsgründen ein⁴²⁸ (zu denken ist z.B. an die Verletzung von Pflichten durch den Gläubiger aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis mit dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung); andererseits trifft auch die Bezeichnung „positiv“ nicht ganz, da auch für Unterlassungen wie das Missachten von Schutzpflichten nach pFv gehaftet wird⁴²⁹. Nach Wiedemann hätte der Begriff der schuldhaften Pflichtverletzung verwendet werden sollen, wie dies die Rechtsprechung ursprünglich tat⁴³⁰. Da sich die Bezeichnung aber als terminus technicus eingebürgert hat, wird im Folgenden wegen des Haftungsgrundes die Wendung pFv verwendet.

b) Der Tatbestand der pFv im Überblick

Bis zur Schuldrechtsreform vom 01.01.2002 war die pFv gesetzlich nicht geregelt und aus einer Analogie zu den Regelungen der §§ 280, 286, 325, 326 BGB a.F. geschaffen worden⁴³¹. Daraus folgt zunächst, dass keine gesetzliche Regelung eingreifen darf, damit die pFv angewendet werden kann⁴³², was gemeinhin auch mit dem Schlagwort der „Regelungslücke“ umschrieben wird.

Der Tatbestand der pFv setzt voraus, dass die aus einem Schuldverhältnis folgende Pflicht in rechtswidriger Weise und schuldhaft verletzt wird.⁴³³

⁴²⁸ Vgl. nur Staudinger¹³/Löwisch, Vorbem. zu §§ 275 ff Rdnr. 22; Soergel¹²/Wiedemann, vor § 275 Rdnr. 352.

⁴²⁹ Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 413.

⁴³⁰ Soergel¹²/Wiedemann, vor § 275 Rdnr. 352.

⁴³¹ Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 105; Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 338; BGHZ 11, S. 83; dies dürfte nach wie vor die h.M. sein; da die pFv nun aber gesetzlich geregelt wurde (dazu später), wird auf diese Problematik nicht näher eingegangen.

⁴³² Allg. Meinung, statt aller Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 414.

⁴³³ Nach Erman¹⁰/R. Battes, § 276 Rdnr. 87.

Für den Anspruch auf Schadensersatz muss noch der Eintritt eines Schadens und die Kausalität hinzukommen⁴³⁴.

Der Grund für die Schaffung des gesetzlich nicht geregelten Tatbestandes der pFv war, dass – wie bereits Staub⁴³⁵ 1902 feststellte – das System des allgemeinen Schuldrechts mit Unmöglichkeit und Verzug nicht ausreichend war, um alle relevanten Problemfälle gerecht und akzeptabel zu lösen. Im Anschluss an Staub nahm auch das RG diese Konstruktion auf⁴³⁶, so dass die pFv seit mehr als 70 Jahren als gesichertes Gewohnheitsrecht⁴³⁷ seinen festen Platz in der täglichen Rechtspraxis hat. Um den Umfang dieser Arbeit nicht zu sprengen, wird daher auf eine vertiefte Darstellung der dogmatischen Entwicklung verzichtet und nur der Stand der Dinge vor der Schuldrechtsreform auf Basis der h.M. aufgezeigt.

c) Der Tatbestand der pFv im Speziellen

(1) Die Pflichtverletzung

Erstes und unabdingbares Merkmal des Tatbestandes der pFv ist die Verletzung einer vertraglichen Pflicht.

Da das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung sehr weit und unbestimmt ist, haben sich im Laufe der Zeit drei wesentliche Hauptgruppen in Rechtsprechung und Literatur herausgebildet. Üblich ist die Einteilung in folgende Kategorien⁴³⁸:

⁴³⁴ Nach Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 220.

⁴³⁵ Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, 1904.

⁴³⁶ Grundlegend RGZ 54, S. 100, 101.

⁴³⁷ Staudinger¹³/Löwisch, Vorbem. zu §§ 275 ff Rdnr. 22; Erman¹⁰/Battes, § 276 Rdnr. 85; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 105.

⁴³⁸ Z.T. wird noch eine vierte Kategorie, die der Erfüllungsverweigerung, genannt; diese ist aber als Nebenleistungspflicht zu sehen und damit bereits erfasst. Dafür Palandt⁶¹/Heinrichs § 276 Rdnr. 114; Schünemann, JuS 1987, S. 6; Larenz, SchuldR I, § 24 I a m.w.N.

- Die Schlechterfüllung einer Hauptpflicht aus dem Schuldverhältnis,
- die Verletzung einer leistungsbezogenen Nebenpflicht und
- die Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Neben- oder Schutzpflicht.

(a) Die Schlechterfüllung einer Hauptleistungspflicht

Eine Schlechtleistung der Hauptleistungspflicht liegt nach gängiger Terminologie dann vor, wenn der Schuldner seine Leistung mangelhaft erbringt, da diese nicht die notwendigen qualitativen oder quantitativen Ansprüche erfüllt, und dem Gläubiger dadurch ein Schaden entsteht⁴³⁹.

(b) Die Verletzung einer Nebenleistungs- oder Nebenpflicht

Der Begriff der Hauptleistungspflicht wirft keine größeren Probleme auf, wohingegen die Unterscheidung der Begriffe Nebenleistungs- und Nebenpflicht nicht selbsterklärend ist. Eine klare und komprimierte Zusammenfassung der drei Kategoriebegriffe liefert Schünemann:

„...mit der h.M. [kann man] davon ausgehen, dass sich das Schuldverhältnis zunächst in vertragsprägende, in gegenseitigen Verträgen im Synallagma stehende Hauptleistungspflichten und sodann Nebenleistungspflichten gliedert, für die beides mal ein korrespondierendes Forderungsrecht des Gläubigers auf eben die Leistung charakteristisch ist. Daneben stehen ‚weitere (oder bloße) Verhaltenspflichten‘ (Nebenpflichten), die sich von den Nebenleistungspflichten axiomatisch dadurch unterscheiden, dass auf ihrer Basis vom Gläubiger keine ‚Leistung‘ eingefordert werden kann. Wohl aber können diese bloßen Verhaltenspflichten – wie Leistungspflichten – verletzt und natürlich auch erfüllt werden.“⁴⁴⁰

⁴³⁹ Staudinger¹³/Löwisch, Vorbem. zu §§ 275 ff Rdnr. 23; Soergel¹²/Wiedemann, vor § 275 Rdnr. 409; Erman¹⁰/Battes, § 276 Rdnr. 85.

⁴⁴⁰ Schünemann, JuS 1987, S. 5.

Die Pflichten des Rechtsanwalts aus dem Anwaltsvertrag wurden bereits oben ausführlich dargestellt, sodass insoweit nach oben verwiesen werden kann. Lediglich zur kurzen Erinnerung seien einige Beispiele für die jeweiligen Pflichttypen genannt:

Die Hauptpflicht des Anwalts aus dem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag ist es, den Mandanten umfassend und möglichst erschöpfend zu beraten und vor möglichen Schäden zu bewahren⁴⁴¹. Insbesondere die Sachverhaltsaufklärungs-, die Rechtsprüfungs- und Rechtsberatungspflicht stellen die Hauptleistungspflichten des beauftragten Anwalts dar⁴⁴², deren Schlechterfüllung den objektiven Tatbestand der pFv erfüllt.

Als Nebenleistungspflichten seien beispielhaft die Verwaltung von Fremdgeldern auf Anderkonten, die unverzügliche Überweisung eingezogener Mandantenforderungen sowie die sorgfältige Verwahrung von Unterlagen, die vom Mandanten überlassen wurden⁴⁴³, zu nennen.

Schließlich treffen den Anwalt weitere Nebenpflichten, die von der Leistungspflicht unabhängig sind. So ist der Anwalt verpflichtet, seinen Bürobetrieb derart zu organisieren, dass das übernommene Mandat bearbeitet werden kann⁴⁴⁴. Denkbar ist z.B., dass ein Anwalt eine größere Insolvenzverwaltung übernimmt, ohne mit dem ihm zur Verfügung stehenden Personal und der Büroinfrastruktur die anfallenden erheblichen Verwaltungsaufgaben bewältigen zu können.

Problematisch ist m.E. die Einordnung der Schutzpflichten des Anwalts gegenüber seinem Mandanten. Grundsätzlich werden diese als wesentlicher Inhalt der Nebenpflichten genannt, was bei den meisten Vertragsarten auch zutrifft. Im Anwaltsvertrag liegt der Sachverhalt jedoch anders.

⁴⁴¹ BGHZ 89, S. 181.

⁴⁴² Staudinger¹³/Martinek, § 675 Rdnr. C 9 ff; Boergen, S. 31; Soergel¹²/Wiedemann, vor § 275 Rdnr. 450; Zugehör/Zugehör, Rdnr. 508.

⁴⁴³ Vgl. auch Boergen, S. 31 mit weiteren Beispielen.

⁴⁴⁴ Hartstang, Anwaltsrecht, S. 543.

Die Lehre von den Schutzpflichten entwickelte sich aus den im Deliktsrecht entstandenen Verkehrspflichten⁴⁴⁵. Der Mangel des Deliktsrechts, dass nur das Integritätsinteresse geschützt ist, nicht aber das Vermögen allgemein, führte dazu, dass aus der Erkenntnis des Bestehens von Verkehrspflichten aus § 242 BGB auch vertragliche Schutzpflichten abgeleitet wurden⁴⁴⁶.

Den Inhalt der Schutzpflichten allgemein zu bestimmen ist kaum möglich, schon deshalb, weil diese durch den sozialen Kontakt begründet werden und bereits vor dem Zustandekommen eines Vertrages als gesetzliche Schuldverhältnisse bestehen⁴⁴⁷.

Der Versuch, die Schutzpflichten auf eine Formel zu bringen, ist nur bedingt geglückt. Üblich ist die Umschreibung, dass Gläubiger und Schuldner sich so zu verhalten haben, dass die Person, das Eigentum und die übrigen Rechtsgüter des anderen nicht verletzt werden⁴⁴⁸. Die Vertragsparteien trifft eine besondere Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme und redlichem Verhalten, das auch die Interessen des anderen berücksichtigt⁴⁴⁹. Teichmann⁴⁵⁰ ist zuzustimmen, dass diese Konkretisierungsversuche eher vage und nur bedingt förderlich sind, dennoch bieten sie einen gewissen Anhaltspunkt.

Letztlich bleibt die Feststellung konkret bestehender Schutzpflichten dem Einzelfall vorbehalten. Diese Erkenntnis ist weder neu noch besonders hilfreich, lässt sich aber damit rechtfertigen, dass die Schutzpflichten dem Grundsatz von Treu und Glauben iSd § 242 BGB entnommen sind, dieser aber nach dem Willen des Gesetzes leistungsbezogen und daher stets von den konkreten Umständen abhängig ist.

⁴⁴⁵ Soergel¹²/Wiedemann, Vor § 275 Rdnr. 361.

⁴⁴⁶ Picker, AcP 183, S. 410; Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 416.

⁴⁴⁷ Soergel¹²/Teichmann, § 242 Rdnr. 181, 182.

⁴⁴⁸ BGH NJW 1983, S. 2814; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 242 Rdnr. 35.

⁴⁴⁹ BGHZ 60, S. 224.

⁴⁵⁰ Soergel¹²/Teichmann, § 242 Rdnr. 182.

Die typischen Beispiele für bestehende Schutzpflichten sind z.B., die Gesundheit des anderen vor Gefahren zu bewahren⁴⁵¹, oder die Pflicht des Arbeitgebers, die vom Arbeitnehmer in den Betrieb mitgebrachten Gegenstände vor Beschädigung oder Verlust zu schützen⁴⁵². Auch die Pflicht des Anwalts, den Mandanten vor Schaden in seinen Kanzleiräumen zu bewahren, ist darunter zu fassen.

Meiner Ansicht nach nicht zutreffend ist jedoch die Zuordnung der Pflicht des Anwalts, den Mandanten bei der Regulierung eines Verkehrsunfalls auf die kostengünstigste Abrechnungsmethode hinzuweisen⁴⁵³, zu den Schutzpflichten als Nebenpflicht. Für den Anwalt ist es eine Hauptpflicht des Vertrages, seinen Mandanten vor Schaden zu bewahren, wozu der genannte Fall ohne weiteres zu zählen ist.

Für den Anwaltsvertrag muss also deutlich genauer unterschieden werden, ob die verletzte Pflicht nicht bereits der Hauptleistungspflicht der Schadensverhütung oder der Nebenpflicht als Schutzpflichtverletzung zuzuordnen ist. Soweit der Anwalt beratend tätig wird und die Rechtsangelegenheit des Mandanten behandelt, erfüllt er seine Hauptleistungspflicht durch Bewahrung des Auftraggebers vor Schaden. Lediglich der nichtjuristische Bereich des Mandats, insbesondere auf die Unversehrtheit von Gesundheit und Eigentum zu achten, fällt unter die Schutzpflicht als Nebenpflicht.

⁴⁵¹ BGH NJW 1962, S. 31 „Bananenschale“.

⁴⁵² BAG NZA 2000, 1052

⁴⁵³ So aber Soergel¹²/Teichmann, § 242 Rdnr. 188; LG Aachen, BB 1972, S. 1246.

(2) Rechtswidrigkeit und Schuld

Zum Tatbestand der pFv gehört unstreitig – wie bei jeder Verschuldenshaftung⁴⁵⁴ – die Rechtswidrigkeit⁴⁵⁵.

In einigen Darstellungen der pFv wird die Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung nicht behandelt. Dies hängt wohl vor allem damit zusammen, dass die Verletzung einer Vertragspflicht nach h.M. die Rechtswidrigkeit des Handelns oder Unterlassens indiziert⁴⁵⁶. Häufig liest man auch die Formulierung, dass im Bereich der Vertragshaftung die Pflichtwidrigkeit mit der Rechtswidrigkeit zusammenfällt und die Rechtswidrigkeit gleichbedeutend der objektiven Pflichtwidrigkeit sei.⁴⁵⁷

Im hier ausschließlich interessierenden Anwaltsvertrag ist dies auf den ersten Blick auch angebracht, da ein Rechtfertigungsgrund für eine Pflichtverletzung kaum denkbar ist. Rinsche⁴⁵⁸ führt als Beispiel die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht zu Verhütung eines Kapitalverbrechens an, was aber schon eine sehr seltene Ausnahme darstellt und damit für die h.M. verdeutlicht, dass in der Anwaltshaftung aus pFv die Indizwirkung der Pflichtverletzung auf die Rechtswidrigkeit gerechtfertigt ist⁴⁵⁹. Dabei gilt es auch zu bedenken, dass eine Weisung des Mandanten

⁴⁵⁴ Statt Vieler Fikentscher, Schuldrecht⁹, Rdnr. 493; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 52; Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 10.

⁴⁵⁵ Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 13; Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 10; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 52; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 276 Rdnr. 4.

⁴⁵⁶ Vgl. nur Zugehör/Fischer, Rdnr. 996 m.w.N.

⁴⁵⁷ Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 8; Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 12; Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 383 allerdings mit wichtigen Einschränkungen für den Anwaltsdienstvertrag.

⁴⁵⁸ Rinsche⁶, Rdnr. I 150.

⁴⁵⁹ Ebenso Zugehör/Fischer, Rdnr. 996.

bereits die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens entfallen lässt und nicht erst das Handeln rechtfertigt⁴⁶⁰.

Hat der Anwalt seinen Mandanten korrekt beraten und aufgeklärt, hat er seine Pflichten bereits erfüllt, wenn nicht, dann kann auch die Weisung des Mandanten das Handeln nicht rechtfertigen, da der Mandant wegen der fehlerhaften Beratung keine ausreichende Grundlage für seine Weisung hatte.

An dem dreistufigen Aufbau jedes auf Verschulden beruhenden Tatbestandes ist aus sehr triftigen Gründen auch im Anwaltsvertrag festzuhalten⁴⁶¹ und es muss der Rechtswidrigkeit wieder mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden, als dies bisher der Fall war. Dies gilt es im Folgenden näher zu darzulegen.

Die Abgrenzung zwischen der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und dem Verschulden ist nicht nur aus dogmatischen, sondern auch und vor allem aus pragmatischen Gründen unabdingbar. Zum einen ist dies schon deshalb der Fall, weil es im deutschen Zivilrecht Haftungsnormen gibt, die lediglich auf die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens abstellen und daran eine Rechtsfolge knüpfen (so z. B. die §§ 12, 227, 1004 BGB), wohingegen die meisten anderen Tatbestände zusätzlich ein Verschulden erfordern.⁴⁶² Zum anderen spielt die Beweislastverteilung eine entscheidende Rolle. Nach der Beweisgrundregel hat der Kläger alle Tatsachen zu beweisen, die der für ihn günstige Tatbestand voraussetzt. Er muss alle rechtsbegründenden und rechtserhaltenden Tatsachen behaupten und beweisen, einschließlich aller Umstände, die Grundlage für eine günstige Auslegung der Norm sind.⁴⁶³

⁴⁶⁰ BGH NJW-RR 1990, S. 1243; zu der Problematik der Pflichtverletzung und der Rechtfertigung sowie zur Abgrenzung beider Haftungsgrundlagen siehe S. 130 f.

⁴⁶¹ Dazu S. 121 ff. in der Darstellung der Lehren vom Erfolgs- und Verhaltensunrecht und insbesondere S. 130 f..

⁴⁶² MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 23.

⁴⁶³ Thomas/Putzo²⁴, vor § 284 Rdnr. 23.

Der Geschädigte hat z.B. im Rahmen des § 823 I BGB die Rechtsgutsverletzung und die Schuld zu beweisen, nach h.M. nicht jedoch die Rechtswidrigkeit, da diese indiziert wird. Will sich der Schädiger auf ein verkehrsgerechtes Verhalten berufen, so macht er nach einer Ansicht einen Rechtfertigungsgrund geltend, für den er die Beweislast trägt. Erfolgt die Prüfung des verkehrsgerechten Verhaltens nach anderer Ansicht jedoch auf der Ebene der Schuld, im Sinne der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“, so liegt die Beweislast beim Geschädigten.

Bereits diese beiden Punkte zeigen deutlich, warum eine exakte Trennung der einzelnen Prüfungspunkte nicht nur dogmatische, sondern vor allem praktische Gründe hat, und dass eine verlässliche Verortung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ in der Rechtswidrigkeit oder der Schuld von enormer Bedeutung für die Beweislastverteilung ist.

Den Betrachtungen sei einleitend die grundlegende Entscheidung des Großen Senats des BGH vorangestellt, in welchem dieser festgestellt hat, dass das verkehrsgerechte Verhalten sowohl auf der Rechtswidrigkeits- als auch der Schuldebene zu prüfen ist ⁴⁶⁴, und die angesprochene Problematik der Abgrenzung der Rechtswidrigkeit von der Schuld folgendermaßen gelöst hat:

„Diese Beweislastverteilung bedeutet bei der Anwendung des § 823 I BGB auf Verkehrsunfälle, dass der Schädiger, indem er den Beweis für sein verkehrsrichtiges Verhalten antritt, das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes dartun kann. Ist der Beweis geführt, wird die Schuldprüfung gegenstandslos, weil es schon an einer rechtswidrigen Schadenszufügung fehlt. Ist dagegen die Frage des verkehrsrichtigen Verhaltens des Schädigers ungeklärt, so ist von einer rechtswidrigen Verletzungshandlung auszugehen. Die Haftungsfrage ist damit noch nicht entschieden. Denn § 823 I BGB setzt weiter voraus, dass die Verletzungshandlung (vorsätzlich oder) fahrlässig war. Der Geschädigte muss also beweisen, dass der Schädiger (vorsätzlich oder) iS des § 276 I 2 BGB fahrlässig gehandelt, also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat. Auch bei

⁴⁶⁴ BGHZ 24, S. 28.

*dieser Prüfung wird es natürlich wesentlich darauf ankommen, ob die Verhaltensvorschriften der Verkehrsordnung eingehalten sind. Dass die nämliche Frage des verkehrsrichtigen Verhaltens auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit und dem Gebiet der Schuld Bedeutung gewinnen kann, ist bedingt durch die Fassung und rechtliche Einordnung des Fahrlässigkeitsbegriffs, wie sie dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegen. Für die praktische Rechtsanwendung bleibt es bei dem Ergebnis, dass der Geschädigte die vollen Voraussetzungen des auf § 823 I BGB gestützten Schadensersatzanspruchs beweisen muss und dass demgemäss – von den Fallgestaltungen des Beweises des ersten Anscheins abgesehen – eine mangelnde Aufklärung des Sachverhalts zu seinen Lasten geht.*⁴⁶⁵

Der BGH gibt somit dem Kläger Steine statt Brot. Zwar müsse der Schädiger beweisen, dass er sich verkehrsgerecht verhalten hat, um wegen des Eingreifens eines Rechtfertigungsgrundes nicht zu haften. Gelingt ihm dies nicht, wird die Rechtswidrigkeit festgestellt. Auf der letzten Stufe der Haftungsvoraussetzungen, der Schuld, bürdet der BGH nun doch wieder dem Geschädigten auf, das nicht verkehrsgerechte Verhalten des Schädigers zu beweisen, was durchaus nicht im Umkehrschluss erfolgen kann⁴⁶⁶.

Für die Überzeugung des Gerichts ist es notwendig, dass keine vernünftigen Zweifel mehr an der Schuld bestehen dürfen. Der Beweis ist erst erbracht, wenn für einen vernünftigen, die Lebensverhältnisse klar überschauenden Menschen ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für das

⁴⁶⁵ BGHZ 24, S. 28.

⁴⁶⁶ Wiethölter hat allerdings herausgearbeitet, dass der BGH das verkehrsrichtige Verhalten nicht als Rechtfertigungsgrund anwendet, „sondern als Element der Verbotsmaterie selbst“ (Wiethölter, S. 11). Er weist weiterhin zurecht darauf hin, dass der BGH in dem zu entscheidenden Fall die Regeln über das verkehrsrichtige Verhalten nur dem Eisenbahn- und Straßenverkehrsrecht entnimmt, was so aber alleine nicht richtig sein kann, sonst würde ein Autofahrer einen Fußgänger, der eine rote Ampel missachtet, rechtmäßig überfahren. Richtig kann nur sein, dass alle im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflichten mit einbezogen werden müssen (Wiethölter, S. 12).

Behauptete erreicht ist, dass er den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.⁴⁶⁷

Es ist aber durchaus möglich – den Anscheinsbeweis einmal außer Acht gelassen –, dass sowohl die Beweismittel des Geschädigten als auch des Schädigers nicht diesen Grad an Gewissheit zu liefern vermögen. Danach ist der Schädiger zwar nach Ansicht des BGH nicht gerechtfertigt, er haftet mangels Verschulden in der non liquet Situation aber dennoch nicht.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für die Deliktshaftung, sondern wegen der Einheit der Rechtsordnung, vor allem der Einheit der Zivilrechtsordnung, für alle Fälle der Tatbestände mit Rechtswidrigkeit und Schuld.

Die Entscheidung ist für die Hauptproblematik dieser Arbeit besonders anschaulich und instruktiv, da der BGH offen legt, dass es ihm nicht möglich ist, zwischen dem Rechtfertigungsgrund des verkehrsgerechten Verhaltens und dem Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als vermeintliche Definition der Fahrlässigkeit in § 276 I 2 BGB zu unterscheiden. Ob die Lösung des BGH mit einer Doppelprüfung eines tatsächlich einheitlichen Punktes mit unterschiedlicher Beweislastverteilung der einzig gangbare und praktikable Weg ist, wird im Folgenden untersucht.

Wesentliches Problem dieser Arbeit ist, wie die Rechtswidrigkeit (und haftungsbegründende objektive Pflichtverletzung) von der Fahrlässigkeitschuld zu unterscheiden ist, wie sich die Beweislastverteilung gestaltet und vor allem, was eigentlich Inhalt der Begriffe Rechtswidrigkeit und Schuld ist.

Wie bereits dargestellt ist die pFv die herausragende Haftungsgrundlage für die Anwaltshaftung. Diese setzt die Verletzung einer vertraglichen Pflicht voraus. Da die vertraglichen Pflichten des Anwalts nicht konkret im Gesetz geregelt sind und zwischen Mandant und Anwalt auch nicht explizit alle festgelegt werden, müssen die jeweiligen, im einzelnen bereits oben dargestellten Pflichten zunächst entwickelt werden. Dabei entstehen

⁴⁶⁷ St. Rspr. BGH vgl. in neuerer Zeit BGH NJW 2000, S. 953.

erhebliche Abgrenzungs- und Einordnungsschwierigkeiten der einzelnen Haftungsebenen, nämlich Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, da die Sorgfaltsanforderungen des Anwalts auf allen Ebenen eine Rolle spielen, welche wiederum unterschiedlichen Beweislastverteilungen und Beurteilungszeitpunkten (ex post / ex ante) unterliegen. Darauf wird im Folgenden nun vertieft eingegangen.

(a) Funktion der Rechtswidrigkeit

Mit der Rechtswidrigkeit wird das Unwerturteil der Rechtsordnung⁴⁶⁸ für eine Handlung oder einen bestimmten Erfolg bestimmt. Zu unterscheiden ist dies vom Begriff der Schuld, der zwar ebenfalls ein Werturteil beinhaltet und dabei notwendig an eine rechtswidrige Handlung anknüpft, aber nicht über deren Verwerflichkeit, sondern über die persönliche Vorwerfbarkeit der Vornahme der Handlung entscheidet.⁴⁶⁹

Die Rechtswidrigkeit wird vom Gesetz selbst weder im Rahmen einer Legaldefinition noch explizit als allgemeingültige Haftungsvoraussetzung genannt. Aus diesem Grund soll auf den vom Gesetzgeber „stiefmütterlich“ behandelten Haftungsbestandteil näher eingegangen werden.

Das deutsche Haftungsrecht setzt stets ein menschliches Handeln voraus, an welches die Rechtsfolge der Verpflichtung zu Schadensersatz anknüpft. Ohne ein solches Handeln, also nur für einen Zustand, wird nach den Regelungen des Zivilrechts allenfalls auf Herausgabe oder Beseitigung, nicht jedoch auf Ersatz des entstandenen Schadens gehaftet, wie sich aus den §§ 812, 1004 BGB ergibt.⁴⁷⁰ Aber auch hier geht es strenggenommen nicht darum, dass ein der Rechts- und Werteordnung wider-

⁴⁶⁸ Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 22; Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1277.

⁴⁶⁹ Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1277 ; Staudinger¹³/Werner, § 276 Rdnr. 9; RGRK¹²/Steffen, § 823 Rdnr. 106.

⁴⁷⁰ MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 23; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 18, 21.

streitender Zustand als solcher besteht; alleine diese Tatsache verpflichtet privatrechtlich noch niemanden, den Zustand zu beseitigen.

Daß die Beseitigung oder das Unterlassen einer Beeinträchtigung von einem anderen gefordert werden, entscheidet das Gesetz in § 1004 BGB danach, ob der Zustand durch ein rechtswidriges Tun oder Unterlassen herbeigeführt wurde, ansonsten besteht der Anspruch nicht.⁴⁷¹ Letztlich ist also nicht die Rechtswidrigkeit des Zustandes, sondern die des Handelns entscheidend.⁴⁷² Im Rahmen der Haftung wird also notwendig das menschliche Verhalten bewertet.

Nun kann aber nicht jedes Verhalten dazu geeignet sein, eine Schadensersatzpflicht zu begründen, vielmehr bedarf es einer vorausgehenden Filterung der Geschehnisse danach, ob eine Handlung potentiell geeignet ist, Schadensersatzansprüche zu begründen oder nicht. Dabei spielt nicht nur die oft beschworene Rechtssicherheit im modernen Wirtschaftsverkehr eine Rolle, sondern auch und vor allem die Rechtssicherheit des einzelnen Bürgers.

Um das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit und Berechenbarkeit der Rechtsordnung und der daran beteiligten Personen und Organisationen herzustellen und zu erhalten, muss klar sein, was erlaubt und was verboten und damit „rechts(ordnungs)-widrig“ ist. Jedes Zusammenleben bedarf klarer Regeln und Vorgaben, damit ein gedeihliches Miteinander möglich ist. Dies ist die oberste Pflicht der Rechtsordnung und damit der Festlegung der Rechtswidrigkeit.

⁴⁷¹ MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 23.

⁴⁷² Larenz/Canaris, Schuldrecht II, Hbd. 2, § 75 II, S. 365; Stoll, AcP 162, S. 228; Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 13; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 264; MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 23; a.A. BGH NJW 1976, 416 der alleine auf die Rechtswidrigkeit des Zustandes bei § 1004 BGB abstellt; gegen diese Ansicht ist mit Hanau einzuwenden, dass § 1004 BGB das Recht gibt, die Unterlassung oder Beseitigung der Beeinträchtigung von einem anderen zu verlangen, weshalb es auf die Handlung ankommen muss, vgl MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 23.

An dieser Stelle werden auch die Werte des Grundgesetzes relevant. Bei der Beurteilung dessen, was der Einzelne darf und was nicht bzw. was die Rechtsgemeinschaft zulassen will oder darf und was sie zu unterbinden hat, sind stets die widerstreitenden Interessen der Parteien am Rechtsverkehr mit zu berücksichtigen.

Auf der einen Seite steht die allgemeine Handlungsfreiheit, die durch Art. 2 I GG für jedermann geschützt ist und eine der großen Errungenschaften der modernen Rechtsordnung darstellt. Auf der anderen Seite steht die Integrität der Rechtspositionen der übrigen Mitbürger und -unternehmer, geschützt vor allem durch Art. 12, 14, 2 II GG. Zwar gelten die Grundrechte nicht unmittelbar unter den Bürgern, sondern nur zwischen Bürger und Staat. Die Werteordnung des Grundgesetzes ist dennoch auch für das Zivilrecht und damit für die zivilrechtlich relevanten Kontakte der Bürger untereinander entscheidend⁴⁷³.

Über die Generalklauseln des BGB wie die §§ 242, 138, 826 BGB fließen die Grundwerte unserer Verfassung in das einfache Recht ein⁴⁷⁴. Es ist dem Staat, insbesondere den Gerichten, bei Ausfüllung und Auslegung des Rechts verwehrt, durch eine zu einseitige Bestimmung dessen, was erlaubt und was nicht erlaubt - mithin rechtswidrig - ist, die Rechte des einen auf Kosten des anderen zu stark in den Vordergrund zu rücken.

⁴⁷³ BVerfGE 7, S. 198.

⁴⁷⁴ „Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektive Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muss, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.“ BVerfGE 7, S. 205.

Auch im Hinblick auf das tägliche praktische Zusammenleben ist eine zu starke Protektion der Rechte einer Partei nicht wünschenswert und sogar kontraproduktiv. Je mehr Tätigkeiten des täglichen Lebens die Gefahr in sich tragen, zu einer möglichen Schadensersatzleistung zu führen, desto weniger werden die Menschen bereit sein, in (wirtschaftlichen) Kontakt mit anderen zu treten.

Dies gilt vor allem für den Bereich des Wirtschaftsverkehrs. Im Rahmen der freien Marktwirtschaft - gleichgültig ob mit stärkerer Betonung des Sozialen oder des Liberalismus - muss der Staat ein Interesse daran haben, den Teilnehmern am Verkehr die notwendige Sicherheit für ihre Vorhaben zu geben. Die Handlungsfreiheit und damit einhergehend die Bereitschaft, innovativ zu sein, muss zur Förderung des Allgemeinwohls durch wirtschaftlichen Erfolg und Wohlstand gewährleistet sein. Für die Beteiligten muss die Sicherheit bestehen, dass nicht jede Unternehmung, die meist unvermeidlich den Rechtskreis anderer betrifft, zu einer Haftung führt.

Die negativen Konsequenzen einer unberechenbaren Festlegung dessen, was erlaubt ist und was nicht, und damit einhergehend die kaum mehr zu kalkulierenden Haftungsrisiken zeigen sich in den USA. Es ist nicht vorhersehbar, ob ein bisher unproblematisch erlaubtes Verhalten nicht plötzlich durch ein US Gericht als unerlaubt erklärt wird und dadurch immense Schadensersatzpflichten begründet werden. Es sei nur an die Urteile zu Katzen in der Mikrowelle und an die Festlegung der Höchsttemperatur für Kaffee erinnert.

Mittlerweile sehen ausländische Unternehmen sogar von der Errichtung einer amerikanischen Niederlassung ab, da die dadurch begründeten haftungsrechtlichen Risiken weder getragen noch versichert werden können.

Allerdings sind in diesem Zusammenhang auch die Rechte der anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr zu beachten. Gerade in der ständigen Verfeinerung und Ausweitung des Wettbewerbs- und Kartellrechts sowie dem reformierten Schadensersatzrecht zeigt sich, dass immer wieder erheblich

in die Rechtspositionen anderer eingegriffen wird und die Verletzungen immer massiver werden.

Der Konflikt zwischen der Freiheit des Handelns des einen und der Schutzbedürftigkeit der Rechte des anderen muss im Interesse aller Beteiligten klar und so eindeutig wie möglich geregelt sein. Diese Aufgabe muss die Einstufung eines Verhaltens oder eines Erfolges als rechtswidrig leisten.

Wiethölter⁴⁷⁵ bringt die entscheidende Funktion der Rechtswidrigkeit und ihre Bedeutung für das Haftungsrecht allgemein wie folgt auf den Punkt:

*„Der Rechtswidrigkeitsfrage kommt die größere Bedeutung zu. Sie ist im Grunde die deliktsrechtliche Frage, weil hier die Entscheidung der Rechtsordnung über die Grenzen von Recht und Unrecht fällt. Die Funktion der Schuld hängt von dieser Primärentscheidung weitgehend ab und löst sich praktisch sogar in aller Regel in bloßer Reflexwirkung der Rechtswidrigkeit auf, die sich, wenn überhaupt, ihrerseits niederschlagen in einem - bescheidenen - Katalog möglicher Schuldauusschließungsgründe.“*⁴⁷⁶

(b) Inhalt der Rechtswidrigkeit

Mit der Rechtswidrigkeit wird jedes menschliche Verhalten bewertet, das der Rechtsordnung als Ganzer widerspricht.⁴⁷⁷ Bei dieser Beurteilung kann nur das menschliche Verhalten, nicht jedoch ein Zustand oder Erfolg maßgeblich sein⁴⁷⁸, wie bereits im Voranstehenden ausgeführt wurde.

⁴⁷⁵ Wiethölter, S. 15.

⁴⁷⁶ Wiethölter, S. 15; diese Ausführungen gelten nicht nur für das Deliktsrecht, sondern für das gesamte Schadensrecht, da stets ein rechtswidriges Verhalten zu Begründung der Haftung vorausgesetzt wird.

⁴⁷⁷ Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1279 ; MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 26.

⁴⁷⁸ Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 10.

Diese Ausgangssituation kann aufgrund des geltenden Zivilrechts kaum ernsthaft bestritten werden und wird es auch nicht⁴⁷⁹. Davon zu unterscheiden ist jedoch der bereits seit beinahe 100 Jahren währende Streit darüber, ob das Rechtswidrigkeitsurteil an der Handlung selbst oder an dem durch die Handlung verursachten Erfolg ansetzt. Es stehen sich im wesentlichen zwei Meinungen gegenüber, die Lehre vom Erfolgsunwert⁴⁸⁰ und die Lehre vom Handlungsunwert⁴⁸¹.

Auf den ersten Blick scheint ein Widerspruch darin zu liegen, dass zwar durchwegs die Handlung an sich als Anknüpfungspunkt der Rechtswidrigkeit gesehen wird, das Rechtswidrigkeitsurteil, also die Unterscheidung, ob die Handlung gegen die Gebote und Verbote der Rechtsordnung verstößt, aber teils an der Handlung, teils an dem eingetretenen Erfolg festgemacht wird.

Im Strafrecht ist dieser Streit mittlerweile so weit ausgestanden, dass mit der ganz überwiegenden Meinung von der Lehre des Handlungsunrechts auszugehen ist. Alleine der Eintritt eines tatbestandlichen Erfolges genügt im Strafrecht noch nicht, um die Rechtswidrigkeit festzustellen. Vielmehr muss das Verhalten des Täters unrechtmäßig gewesen sein, um die Konsequenz des strafrechtlich relevanten Gesetzesverstößes ziehen zu können.⁴⁸² Der Handlungsunwert wird im Strafrecht in der objektiven Verletzung der erforderlichen Sorgfalt gesehen und danach das Rechtswidrigkeitsurteil gefällt. Die subjektiven Merkmale sind auf der Stufe der Schuld zu prüfen und haben mit dem strafrechtlichen, objektiven Unwerturteil bei Fahrlässigkeitsdelikten nichts zu tun.⁴⁸³

⁴⁷⁹ Siehe nur Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 246; Palandt⁶¹/Thomas, § 823 Rdnr. 33; Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 10.

⁴⁸⁰ So z.B. BGH NJW 1996, S. 3207; Baur, AcP 160, S. 465; Palandt⁶¹/Thomas, § 823 Rdnr. 33.

⁴⁸¹ So z.B. Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 236; Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1280; Medicus⁷, Schuldrecht II, § 136 II.

⁴⁸² Schönke²⁵/Schröder/Lenckner, vor § 13, Rdnr. 49.

⁴⁸³ Schönke²⁵/Schröder/Lenckner, vor § 13 Rdnr. 56.

Im Zivilrecht herrscht jedoch die Lehre vom Erfolgsunrecht nach wie vor. Auf diesem Rechtsgebiet werden die Fahrlässigkeit und der Vorsatz als reines Element der Schuld angesehen, so dass für die Einstufung einer Handlung als rechtswidrig bereits die Verletzung eines absoluten Rechts oder die objektive Verletzung von Rechtspflichten genügen soll.⁴⁸⁴

Damit ist aber immer noch nicht gesagt, was eigentlich Inhalt der Rechtswidrigkeit ist. Sie wird umschrieben als objektiver „*Verstoß eines Verhaltens (Handlung oder Unterlassen) gegen die Rechtsordnung*“⁴⁸⁵. Mit dieser Formulierung ist noch nicht viel gewonnen, da nur die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit umschrieben wird, nicht aber ihr Inhalt bzw. ihre Definition. Auch die folgende Umschreibung führt nicht wesentlich weiter:

*„Eine Handlung ist rechtmäßig, wenn sie vorgenommen werden und deshalb weder durch gerichtliche oder administrative Entscheidung noch durch private Abwehrrechte unterbunden werden darf; entsprechend definiert sich die rechtswidrige Handlung.“*⁴⁸⁶

All diese Umschreibungen sind praktikabel, soweit das Gesetz oder eine vertragliche Vereinbarung klar regeln, wie sich der einzelne verhalten soll. Sobald jedoch keine konkrete Umschreibung vorhanden ist, scheitert diese Definition. Es kann dann nicht einfach festgestellt werden, ob die Handlung nun zu erfolgen hatte oder zu unterlassen war, da nichts Näheres vorgeschrieben war. Vielmehr muss der Vergleichsmaßstab zuerst gefunden werden. So lange die Rechtspflicht nicht feststeht, kann nicht gegen sie verstoßen werden, und die bisher genannte Definition versagt.

⁴⁸⁴ Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 16; MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 26.

⁴⁸⁵ Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 13; MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 27; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 22.

⁴⁸⁶ MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 27.

Im folgenden werden nun die im Zivilrecht widerstreitenden Lehren vom Erfolgs- und Handlungsunrecht dargestellt und deren Gemeinsamkeiten, Unterschiede und allgemeine Praktikabilität gerade im Hinblick auf diesen Umstand hin untersucht.

(i) Die Lehre vom Erfolgsunrecht

Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht ist jedes menschliche Verhalten rechtswidrig, das adäquat kausal ein Rechtsgut verletzt, alleine deshalb, weil der Erfolg eingetreten ist und dadurch die Rechtswidrigkeit indiziert wird. Diese Vermutung kann nur durch den Beweis eines Rechtfertigungsgrundes für das Verhalten beseitigt werden.⁴⁸⁷

Diese auf den ersten Blick einleuchtende und einfache Bestimmung der Rechtswidrigkeit hat allerdings einen erheblichen Nachteil: Sie weitet die Haftung, Verschulden vorausgesetzt bzw. vermutet, in erheblichem Umfang aus. Im Hinblick auf den Anwaltsvertrag hätte die konsequente Anwendung dieser Lehre in ihrer Reinform die Konsequenz, dass jede Pflichtverletzung rechtswidrig wäre, da ein Rechtfertigungsgrund, wie bereits vorstehend erörtert, kaum möglich erscheint.

Zu dieser Einsicht ist auch der BGH sehr früh gelangt und hat durch ein Urteil⁴⁸⁸ des Großen Senats eine Einschränkung der Lehre vom Erfolgsunwert vorgenommen. Demnach sieht der BGH eine rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung nur dann als gegeben an, wenn sich der Betreffende nicht verkehrsgerecht verhalten hat.⁴⁸⁹ Wenn das Verhalten aber den An-

⁴⁸⁷ So z.B. BGH NJW 1996, S. 3207; Baur, AcP 160, S. 465; Stoll, AcP 162, 203, 236; Palandt⁶¹/Thomas, § 823 Rdnr. 33; U. Huber in FS E.R. Huber, S. 282; Lorenz/Canaris, Schuldrecht II, Hbd. 2, § 75 II, S. 365, 368; V. Caemmerer, Deliktsrecht, S. 77/78; 133 ff.

⁴⁸⁸ BGHZ 24, S. 21 ff.

⁴⁸⁹ BGHZ 24, S. 28.

forderungen des Verkehrs genügt, so kann dieses auch nicht rechtswidrig sein.⁴⁹⁰

Mit dieser notwendigen Einschränkung der Theorie des Erfolgsunrechts ergibt sich unter zwei Gesichtspunkten die wesentliche Problematik der Abgrenzung von Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeitsschuld. Zum einen muss bereits im Vorhinein klar sein, was der Schuldner zu tun oder zu unterlassen hat, da er sich sonst über das rechtmäßige Verhalten kein Bild machen kann. Zum anderen ist die Formulierung des verkehrsgerechten Verhaltens auch in der Fahrlässigkeit als „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ enthalten, womit sich die Frage nach dem Unterschied des verkehrsangemessenen Verhaltens im Rahmen der Rechtswidrigkeit und der erforderlichen Sorgfalt im Verkehr innerhalb der Schuld stellt.

Der BGH hat sich schon oft mit dieser misslichen Lage auseinandersetzen müssen, insbesondere im Zusammenhang mit dem dem Anwaltsvertrag ähnlichen Arztvertrag. Auch hier ist die Pflicht des Arztes, da ein Dienstvertrag vorliegt, nicht näher umschrieben. Dem Arzt wird nicht vom Patienten vorgeschrieben, wie er z.B. zu operieren hat, sondern es wird nur allgemein die Behandlung gewünscht. Woher ergeben sich aber die Pflichten des Arztes im Zusammenhang mit der Behandlung?

Diese müssen daraus entnommen werden, was nach der Verkehrsgewohnheit von ihm zu erwarten ist.⁴⁹¹ Der BGH hat aus diesem Umstand sogar einmal gefolgert, dass für den Bereich der Dienstverträge ohne nähere vertragliche Tätigkeitsumschreibung die hergebrachte Trennung von Pflichtverletzung und Schuld kaum einzuhalten und praktikabel ist.⁴⁹²

Beim Anwaltsvertrag erlangt diese Problematik nach der Lehre vom Erfolgsunrecht dieselbe Intensität wie bei der Arzthaftung, da die Rechts-

⁴⁹⁰ BGHZ 24, S. 28.

⁴⁹¹ MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 31.

⁴⁹² BGH VersR 1977, S. 547.

widrigkeit mit der aus der Pflichtverletzung folgenden Pflichtwidrigkeit zumeist gleichgesetzt wird.⁴⁹³

Im Rahmen des Anwaltsvertrages als Dienstvertrag erfolgt die Festlegung des näheren Vertragsinhaltes in den allermeisten Fällen nur sehr unkonkret und allgemein. Der Mandant legt das Vorgehen des Anwaltes nicht detailliert fest, sondern beauftragt ihn mit der Wahrnehmung der eigenen rechtlichen Interessen für einen bestimmten Sachverhalt. Das notwendige Vorgehen und die Entscheidung über die einzelnen Schritte überlässt er seinem Rechtsbeistand, da er als juristischer Laie die erforderlichen Vorgaben gar nicht treffen könnte.

Die aus einem allgemein erteilten Mandat – was die Mehrzahl der Fälle ausmacht – folgenden konkreten Pflichten des Anwalts sind also nicht vertraglich bestimmt, sondern müssen sich aus einer anderen Erkenntnisquelle ergeben. Die Rechtsprechung fordert von der Anwaltschaft, dass sie ihre Mandanten vor vermeidbaren Nachteilen schützen muss, den sichersten Weg einzuhalten hat und jede nur als möglich erkannte Schädigung vermieden werden muss.⁴⁹⁴

Diese generalklauselartige Formulierung ist nicht geeignet, die einzelnen Pflichten des Anwalts aus dem konkreten Mandat rechtssicher und klar zu umreißen. Dessen bedarf es jedoch, um den Anwälten zumindest eine kleine Chance zu geben, die hohen Anforderungen des BGH zu erfüllen. Es ist nicht statthaft, die Pflichten des Anwalts derart umfassend zu bestimmen und damit letztlich jede Unachtsamkeit als Pflichtenverstoß anzusehen und dann im Rahmen der Schuld anhand der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eine Korrektur vorzunehmen.⁴⁹⁵ Angesichts der bereits angeführten Beweislastproblematik verbietet sich ein solches Vorgehen.

⁴⁹³ Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 8; Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 15; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 263; siehe dazu aber S. 130.

⁴⁹⁴ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 264.

⁴⁹⁵ So aber anscheinend Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 16.

Borgmann/Haug gehen aber von dieser Sicht aus und halten selbiges Prozedere auch für gerechtfertigt, da der BGH ja das Handeln des Anwalts im konkreten Fall an den *„bereits gefundenen, einen äußeren Rahmen bildenden Anwaltpflichten“*⁴⁹⁶ misst.

In diese Richtung gehen auch die Ausführungen von Boergen, wenn er sagt: *„Der [Anwalts-]Dienstvertrag verfolgt nicht den Austausch von Sachkunde gegen Vergütung. Der Klient darf die an den Sachgegebenheiten orientierten, auf einen bestimmten Erfolg (allerdings nicht i.S. des Werkvertrages) gerichteten Dienste wegen der Sachkunde des Rechtsanwalts fordern. Er verstünde es nicht, könnte sich sein Vertragspartner darauf berufen, nur das zu schulden, was er tun werde, weil es seiner oder durchschnittlicher Sorgfalt entspreche.“*⁴⁹⁷

Boergen sieht ebenfalls die Problematik der Abgrenzung von Pflichtverletzung und Schuld und löst sie damit, dass er leugnet, dass die speziellen Anwaltpflichten nicht aus der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt stammen.⁴⁹⁸ Er geht davon aus, dass die Pflichten des Anwalts rein objektiv danach zu bestimmen sind, was zwischen Anwalt und Mandant vereinbart wurde. Für den Fall, dass der Klient mangels notwendiger Kompetenz nicht dazu in der Lage ist, exakt zu formulieren, was der Anwalt tun soll, erlegt Boergen dem Anwalt die Pflicht auf, die konkreten Ziele des Mandanten zu formulieren.⁴⁹⁹ Diese Art der Pflichtfindung ist aber ungeeignet, da bereits eine Pflicht angenommen wird, die in den meisten Fällen so nicht zwischen den Parteien vereinbart wird. Sie muss in diesem Fall also an anderer Stelle zu entnehmen sein.

Es gilt zu bedenken, dass die „gefundenen“ Anwaltpflichten als Maßstab nicht vorgegeben und damit als Orientierungshilfe schon immer vorhanden waren, sondern durch Rechtsprechung und Lehre zunächst erst entwickelt werden mussten. Hier ist Vollkommer uneingeschränkt zuzustim-

⁴⁹⁶ Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 16.

⁴⁹⁷ Boergen, S. 49.

⁴⁹⁸ Boergen, S. 49

⁴⁹⁹ Boergen, S. 50

men, dass dies mit Hilfe der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt geschehen ist.⁵⁰⁰

Zur Unterstützung dieser Auffassung seien beispielhaft folgende Entscheidungen des BGH angeführt:

„Der Auftraggeber, der sich in Rechtsangelegenheiten an einen Rechtsanwalt wendet, darf erwarten, dass er über die Gesichtspunkte und Umstände, die für sein ferneres Verhalten in der Angelegenheit entscheidend werden können, eingehend und erschöpfend belehrt werde.“⁵⁰¹

Der BGH nennt hier die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht explizit und beruft sich zudem auf eine Entscheidung des RG, er legt aber das zugrunde, was ein Auftraggeber „erwarten“ darf, also was als üblich im Verkehr gilt.

„..., hat ein Anwalt es grundsätzlich zu vertreten, wenn er eine in der amtlichen Sammlung abgedruckte Entscheidung nicht beachtet. Auch muss von einem RA grundsätzlich verlangt werden, dass er sich in den zur Verfügung stehenden Fachzeitschriften über den Stand der neueren Rspr. unterrichtet.“⁵⁰²

Auch hier stellt der BGH wieder darauf ab, was ein Anwalt „grundsätzlich“ zu tun hat, was also von einem verkehrsgerecht handelnden Rechtsbeistand zu erwarten ist. Der BGH entwickelt diese Pflicht ebenfalls aus der

⁵⁰⁰ Vollkommer, *Anwaltshaftungsrecht*, Rdnr. 264; Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 384. Unverständlich sind die Ausführungen dazu in der soeben erschienenen Zweitaufgabe von Vollkommer, wo für den objektiven Pflichtenverstoß eher kryptisch auf die vertragliche Vereinbarung ansonsten auf §§ 157, 242 BGB verwiesen wird; siehe Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 385. In ersterem Sinne auch Zugehör/Fischer Rdnr. 994, der die Pflichten des Anwalts im objektiven Tatbestand nicht nach dem Idealanwalt, sondern nach den im Verkehr anerkannten Leistungsmaßstäben der Berufsgruppe misst.

⁵⁰¹ BGH NJW 1961, S. 602.

⁵⁰² BGH NJW 1952, S. 425.

im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, ohne dass er das Kind beim Namen nennt.

In einer Entscheidung aus 1991 stellte der BGH die vertraglichen Pflichten der Steuerberater denen der anderen Dienstleister gleich und formulierte die dem Schuldner obliegende Pflicht folgendermaßen: *„Dementsprechend verpflichtet sich der steuerliche Berater, nach besten Kräften mit Rat und Tat im Rahmen des Zumutbaren mitzuwirken, dass der steuerpflichtige Mandant die festgesetzten Fristen für die Abgabe der Steuererklärung einhalten kann. Er hat rechtzeitig sowie klar und unmissverständlich darauf hinzuweisen, welche bestimmten einzelnen Unterlagen für die ordnungsgemäße Geschäftsbesorgung nötig sind.“*⁵⁰³

Hier entnimmt der BGH die einzelne Hinweis- und Ermittlungspflicht des Steuerberaters, was auch für den Anwalt gilt, aus der ordnungsgemäßen Verrichtung der Vertragserfüllung. Dies ist nichts anderes als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.

Eindeutig ergibt sich die Feststellung Vollkommers aus einer Entscheidung aus dem Jahre 2001:

*„Die Verpflichtung des Rechtsanwalts, den Mandanten vor der Verjährung von ohne weiteres erkennbaren Ansprüchen gegen Dritte zu schützen, setzt nicht erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist ein. Vielmehr sind Vorkehrungen dagegen, dass es nicht zur Verjährung kommt, erforderlich, sobald infolge des dem Anwalt erteilten Auftrags oder der von ihm gewählten Vorgehensweise die Gefahr besteht, dass der Anspruch gegen den Dritten aus dem Blick gerät. Dieses Risiko muss ein **sorgfältiger Rechtsanwalt** [Hervorhebung des Autors] besonders bei Ansprüchen beachten, die erst bei ungünstigem Ausgang der aktuell geführten rechtlichen Auseinandersetzung an Bedeutung gewinnt.“*⁵⁰⁴

⁵⁰³ BGH NJW 1992, S. 309.

⁵⁰⁴ BGH NJW 2002, S. 1119.

Ein letztes Beispiel aus der Literatur ist dem Aufsatz von U. Huber zu entnehmen, der ebenfalls konstatiert: „... die Frage, wie ein Rechtsanwaltsbüro organisiert sein muss, oder die Frage, worauf jemand achten muss, der sich Waren zur Sicherheit übereignen lässt, die möglicherweise unter Eigentumsvorbehalt stehen, [ist] mit Hilfe ein und desselben Begriffs der ‚im Verkehr erforderlichen Sorgfalt‘ zu beantworten.“⁵⁰⁵

Die soeben aufgeführten Beispiele ließen sich noch um eine Vielzahl weiterer ergänzen. Als vorläufiges Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die meisten Pflichten des Anwaltes nur mit Hilfe der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ näher bestimmt werden können und dadurch ein schwieriges Abgrenzungsproblem von Pflichtverletzung, Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit entsteht.

Hinzu kommt noch, dass im Rahmen der Anwaltsvertragshaftung als Dienstvertrag der Anwendung der Theorie des Erfolgsunwertes eine praktische wie logische Hürde gesetzt ist. Die Verpflichtung aus dem Dienstvertrag besteht grundsätzlich nur im Tätigwerden, nicht in der Herbeiführung eines Erfolges. Der Anwalt kann nicht versprechen, dass er den Prozess gewinnen wird, da diese Entscheidung ausschließlich dem angerufenen Gericht obliegt.

Deshalb übernimmt der Anwalt nur die Bearbeitung des Mandats „lege artis“⁵⁰⁶, also eine Bearbeitung nach den Regeln der ordnungsgemäßen Berufsausübung⁵⁰⁷, was nichts anderes als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist.

Nunmehr stellt sich die Frage, ob und wie sich das verkehrsgerechte Verhalten von der „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ i.S.d. § 276 I 2 BGB unterscheidet, da dies nach der Begrifflichkeit durchaus unklar ist. Zum anderen stellt sich die Frage der Prüfungsverortung, also im Tatbestand, in der Rechtswidrigkeit oder der Schuld. Dies ist keine rein theoretische

⁵⁰⁵ U. Huber in FS E.R. Huber, S. 253.

⁵⁰⁶ Vollkommer, Anwaltschaftungsrecht, Rdnr. 264.

⁵⁰⁷ BGH NJW 1992, S. 309; Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 14.

Angelegenheit, sondern hat erhebliche praktische Konsequenzen im Hinblick auf die Beweislastverteilung.

Die Entscheidung BGHZ 24, 21 ff als Grundsatzentscheidung lässt vor allem in Unklaren, worin der Unterschied zwischen dem verkehrsgerechten Verhalten und der erforderlichen Sorgfalt des § 276 I 2 BGB liegen soll. Nimmt man den BGH beim Wort, ist es dasselbe, es wird nur auf zwei Ebenen mit unterschiedlicher Beweislast geprüft⁵⁰⁸. In letzter Konsequenz muss man wohl sagen, dass der BGH die Stufen der Rechtswidrigkeit und der Schuld im Rahmen des Dienstvertrages bis zur Unkenntlichkeit vermengt und faktisch einen zweistufigen Aufbau praktiziert.

Neben dem BGH, dessen Position selbst nicht eindeutig und klar ist, wird die Einschränkung dieses weiten Rechtswidrigkeitsbegriffes z.T. befürwortet⁵⁰⁹, weitestgehend aber abgelehnt⁵¹⁰. Die Befürworter in der Literatur verwenden dafür Formulierungen wie verkehrsgerechtes Verhalten⁵¹¹ oder Sozialadäquanz⁵¹². Es bleibt jedoch zumeist offen, ob die Vertreter dieser Ansicht in dem sozialadäquaten Verhalten einen Rechtfertigungsgrund sehen oder ob nicht auch eine eigentliche Verschuldensprüfung vorweggenommen wird.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Lehre vom Erfolgsunwert beinhaltet § 227 BGB, das Notwehrrecht. Unzweifelhaft besteht das Recht auf Notwehr nicht nur bei bereits eingetretenen Rechtsverletzungen, sondern bereits im Vorhinein zur Abwehr einer solchen. Das Notwehrrecht bezweckt ja gerade, dass eine drohende Rechtsverletzung

⁵⁰⁸ So auch Wiethölter, S. 8.

⁵⁰⁹ Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1294 ff.

⁵¹⁰ Dagegen Soergel¹¹/Zeuner, § 823 Rdnr. 229; MünchKomm³/Mertens, Bd. 5, § 823 Rdnr. 5.

⁵¹¹ So. z.B. Palandt⁶¹/Thomas, § 823 Rdnr. 40.

⁵¹² Siehe auch Palandt⁶¹/Thomas, § 823 Rdnr. 40; Löwisch AcP 165, S. 430 dessen Ansicht, dass die Sozialadäquanz im Vertragsbereich nicht tauglich ist, beim Dienstvertrag nicht greift. Bei solchen ergibt sich eben gerade nicht aus dem Vertragsinhalt, was der Schuldner im einzelnen zu tun oder unterlassen hat.

durch Selbsthilfe und ohne Inanspruchnahme staatlicher Gewalt abgewehrt werden kann.⁵¹³

Die Ausübung des Notwehrrechts ist aber davon abhängig, dass der drohende Angriff rechtswidrig ist⁵¹⁴. Würde man die Lehre vom Erfolgsunrecht wörtlich nehmen, würde das Notwehrrecht als vorbeugender Schutz gegen Rechtsverletzungen ausgehebelt, da ja zuerst der Erfolg eintreten muss, damit die Rechtswidrigkeit gegeben ist. Dieses Ergebnis wird selbstverständlich niemand mit Ernsthaftigkeit befürworten, so dass die Vertreter der Erfolgsunwertlehre in Bedrängnis kommen.

Zudem führt die Lehre vom Erfolgsunwert in ihrer Reinform dazu, dass ein mittelbarer Eingriff in Rechtspositionen anderer nicht als rechtswidrig eingestuft werden kann, da durch die Handlung nicht unmittelbar der Erfolg i.S.d. Rechtsverstoßes herbeigeführt wird.

Die Lösung dieser Problematik wird darin gesucht, dass die Definition des Erfolgsunwertes um einen weiteren Aspekt erweitert wird. Ausgangspunkt der Erfolgsunwertlehre ist, dass jede unmittelbare Verletzung eines anderen Rechts oder Rechtsguts widerrechtlich ist.⁵¹⁵ Im Zusammenhang mit der Problematik des Notwehrrechts und der unmittelbaren Erfolgsverursachung haben zunächst v. Caemmerer⁵¹⁶ und im Anschluss daran Hans Stoll⁵¹⁷ und Karl Larenz⁵¹⁸ eine Unterteilung der erfolgsbezogenen Rechtswidrigkeit vorgenommen. So ist *„widerrechtlich einmal der unmittelbare Eingriff in ein Recht(sgut), sodann der mittelbare (über andere Personen oder während eines längeren Zeitablaufs folgende) Eingriff, wenn er auf ein Verhalten zurückgeht, bei dem das Höchstmaß der (äu-*

⁵¹³ Vgl. nur Erman¹¹/E. Wagner, § 227 Rdnr. 1; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 227 Rdnr. 1, 4.

⁵¹⁴ Jauernigh¹⁰/Jauernig, § 227 Rdnr. 5; Erman¹¹/E. Wagner, § 227 Rdnr. 4.

⁵¹⁵ Deutsch², HaftungsR I, S. 155.

⁵¹⁶ V. Caemmerer, Deliktsrecht, S. 77/78.

⁵¹⁷ Stoll, AcP 162, S. 228.

⁵¹⁸ Larenz¹³, SchuldR I, S. 267.

*Beren) Sorgfalt gegenüber dem Recht(sgut) außer acht gelassen wurde.*⁵¹⁹

Als praktische Beispiele für diese Definition gibt Deutsch folgende instruktiven Fälle an:

*„... man kann gegen einen das Grundstück verwüstenden Bulldozerfahrer vorgehen, auch wenn dieser falsche Instruktionen erhalten hat. Hingegen handelt der Waffenhändler, der ein feststellbares Messer abgibt, nicht schon dann widerrechtlich, wenn damit später getötet wird, sondern nur wenn menschlich erkennbar war, dass der Käufer ein Messerheld ist.“*⁵²⁰

Über die Beweislastverteilung bezüglich des Vorliegens der Rechtswidrigkeit herrscht innerhalb dieser Ansicht soweit Einigkeit, dass der Geschädigte grundsätzlich auch diese zu beweisen hat.⁵²¹

Eine Indizwirkung der Tatbestandsverwirklichung für die Rechtswidrigkeit verbietet sich nach allgemeiner Meinung bei der Verletzung einer Verhaltensnorm sowie in den Fällen, in welchen die Verletzung der äußeren Sorgfalt im Höchstmaß die Rechtswidrigkeit begründet, und auch dann, wenn der Tatbestand unabgegrenzt ist.⁵²²

Lediglich bei der unmittelbaren Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts wird die Indizwirkung der Tatbestandsverwirklichung als angemessen angesehen.⁵²³

⁵¹⁹ Nach Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 237.

⁵²⁰ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 237.

⁵²¹ MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 21; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 254.

⁵²² Soergel¹²/Wolf, Bd. 2, § 276 Rdnr. 27; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 255; ebenso Esser/Schmidt⁷, SchuldR I, § 25 IV 1; Medicus¹⁸, Bürgerliches Recht, Rdnr. 646; Spickhoff, § 8, S. 210.

⁵²³ Vgl. nur Palandt⁶¹/Thomas, § 823 Rdnr. 34.

Für die Anwaltshaftung als Dienstvertrag kommt somit auch für die Anhänger der Erfolgsunrechtslehre ausnahmsweise nur ein Verhaltensunrecht in Betracht mit der Folge, dass die Rechtswidrigkeit nicht indiziert wird, sondern vom Geschädigten zu beweisen ist.⁵²⁴ Der Grund ist auch hier, dass die Anwaltpflichten nicht speziell normiert sind, sondern aus dem unabgegrenzten Tatbestand der Pflichtverletzung stammen⁵²⁵, und der Anwalt keinen Erfolg schuldet, so dass aus dem Ausbleiben eines Erfolges noch nicht auf die Rechtswidrigkeit geschlossen werden kann.⁵²⁶

Aufgrund dieser Tatsache wurde für die hier interessierende Vertragshaftung bei einem Dienstvertrag auf eine intensivere Behandlung der widerstreitenden Ansichten innerhalb der Lehre vom Erfolgsunrecht verzichtet.

(ii) Die Lehre vom Verhaltensunrecht

Die Lehre vom Verhaltensunrecht knüpft die Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht an den eingetretenen Erfolg. Vielmehr sehen die Vertreter dieser Ansicht die Handlung als den entscheidenden Anknüpfungsgrund für die Rechtswidrigkeit an.⁵²⁷

Rechtswidrig sind daher nur Verstöße gegen Rechtsnormen, die ein räumlich-zeitlich-gegenständliches Verhalten verbieten und damit eine

⁵²⁴ Vgl. MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 21; Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 384; Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 14; Hartstang, S. 545 ff.; für die Auswirkungen auf die Unterscheidung von objektiver Pflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit siehe S. 130.

⁵²⁵ Vgl. hierzu Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 255.

⁵²⁶ Erman¹¹/H.P. Westermann, § 276 Rdnr. 36 für die vergleichbare Arzthaftung; Spickhoff, NJW 2002, S. 2533.

⁵²⁷ So z.B. Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 236; Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1280; Medicus⁷, Schuldrecht II, § 136 II; Zitelmann, AcP 99, S. 9 f; Zippelius, AcP 157, S. 392; Löwisch AcP 165, S. 428.

verbotsbezogene Rechtswidrigkeit schaffen, wobei der Verstoß positiv festgestellt werden muss und nicht indiziert wird.⁵²⁸

Als Hauptargument wird von den Vertretern dieser Ansicht angeführt, dass das BGB als wesentliche Norm der Rechtswidrigkeit in § 227 BGB das Notwehrrecht gegen rechtswidriges Verhalten gewährt.⁵²⁹ Würde man der Lehre vom Erfolgsunrecht folgen, wäre die Notwehr erst nach dem Eintritt des Erfolges zulässig, hätte dann aber keinen Sinn mehr, da das zu Verhindernde bereits eingetreten ist.

Die Schutzfunktion der Rechtswidrigkeit ist nach dieser Meinung der defensive und repressive Schutz gegen eine handlungsbedingte Gefährdung eines Rechtsguts.⁵³⁰

Auch diese Ansicht hat das Problem, dass nicht alle menschlichen Verhaltensweisen gesetzlich geregelt werden können. Ein derartiges Unterfangen ist mit dem Preussischen Allgemeinen Landrecht gescheitert und nicht wieder aufgegriffen worden. Für die Anwendbarkeit der Normen und die Beständigkeit und Gültigkeit ihres Inhalts für die Zukunft ist ein erhebliches Maß an Abstraktheit notwendig. Dies zeigt sich besonders an den Problemen, die die neuen Technologien im Bereich der Kommunikation aufwerfen. Eine konkrete Regelung der jeweiligen Einzelmaterie ist nicht möglich und auch nicht wünschenswert. Deshalb ist auch die Lehre vom Verhaltensunrecht gezwungen, einen Orientierungsmaßstab zu finden, wenn ein zu beurteilendes Verhalten nicht konkret geregelt ist. Dafür werden verschiedene Formulierungen verwendet. Als Maßstab für erlaubtes, also rechtmäßiges Verhalten werden die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt⁵³¹, das Vorliegen eines sozialadäquaten Ver-

⁵²⁸ Esser/Weyers⁸, Schuldrecht BT, § 55 II 3; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 236; Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., § 209; Medicus⁷, Schuldrecht II, § 136 II; Stoll, AcP 162, S. 218.

⁵²⁹ Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 225 ff.

⁵³⁰ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 237.

⁵³¹ Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1294 ff.

haltens⁵³² oder die Beachtung der äußeren höchstmöglichen Sorgfalt⁵³³ vorgeschlagen.

Als Argumente gegen das Erfolgsunrecht werden im Wesentlichen folgende Gesichtspunkte aufgeführt:

Es gibt im Bürgerlichen Gesetzbuch zahlreiche Normen, für die eine erfolgsbezogene Rechtswidrigkeit nicht passt und die für eine solche auch nicht konzipiert sind⁵³⁴, so z.B. die Haftungsnorm des § 826 BGB, der wenigstens eine erfolgs- und handlungsbezogene Rechtswidrigkeit voraussetzt, da neben dem Vermögensschaden auch die sittenwidrige Handlung notwendig ist. Daneben gibt es eine Vielzahl von Tatbeständen, die bestimmte Täterqualitäten oder Begehungsweisen verlangen, die mit einem reinen Erfolgsunwert nicht handhabbar sind, so z.B. die §§ 123, 226, 443, 818 IV, 839 BGB.⁵³⁵

Nipperdey⁵³⁶ stellt sogar fest, dass die Lehre vom Erfolgsunrecht nicht nur in diesen Fällen, sondern ganz allgemein versagt, so z.B. im Bereich der Unterlassung. Diese ist nur rechtswidrig, wenn sie für den Erfolgseintritt ursächlich war und wenn eine Pflicht zur Abwendung des Erfolgs bestanden hat.⁵³⁷ Würde man also nur auf den Erfolg abstellen, wäre eine Unterlassung immer rechtswidrig, soweit dieser eintritt. Wenn aber nach allgemeiner Ansicht ein rechtswidriges Unterlassen eine Handlungspflicht voraussetzt, muss das Rechtswidrigkeitsurteil zwingend von der Handlung aus bestimmt werden.

⁵³² Nipperdey, NJW 1957, S. 1779.

⁵³³ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 240.

⁵³⁴ Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1280.

⁵³⁵ Nach Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1281.

⁵³⁶ Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1281.

⁵³⁷ Allgemeine Meinung, vgl. nur Palandt⁶¹/Heinrichs, vor § 249 Rdnr. 84; Palandt⁶¹/Thomas, § 823 Rdnr. 35; Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 9; BGH NJW 1985, S. 2250; BGH NJW-RR 1992, S. 1110.

Einen ganz wesentlichen Beitrag zu dieser Diskussion bringt U. Huber⁵³⁸. Er gibt zu bedenken, dass zwischen den handlungs- und erfolgsbezogenen Tatbeständen und der Haftung daraus unterschieden werden muss.⁵³⁹ Unzweifelhaft beinhaltet das BGB Haftungstatbestände, die erfolgsbezogen formuliert sind, wie z.B. § 635 BGB, da der Werkvertrag erfolgsorientiert ist, und Normen wie die §§ 284, 285 BGB a.F., die verhaltensbezogen sind.⁵⁴⁰ Aus dieser Erkenntnis lässt sich jedoch kein unmittelbarer Rückschluss auf die Anknüpfung der Rechtswidrigkeit an Erfolg oder Handlung gewinnen, da ja beides vorhanden ist.

Entscheidend ist folgender Gesichtspunkt, den U. Huber treffend wie folgt umschreibt:

„Nun wirft die Tatsache, dass es ‚verhaltensbezogene‘ und ‚erfolgsbezogene‘ Tatbestände der Fahrlässigkeitshaftung gibt, ein folgenreiches Problem auf. Fahrlässigkeitshaftung für Schädigung anderer ist nämlich immer Haftung für unrichtiges Verhalten, ganz gleich, ob der Haftungstatbestand seiner Formulierung nach an fahrlässiges Verhalten anknüpft oder an fahrlässige Erfolgsverursachung. Dieser Satz ist keines weiteren Beweises fähig; er ist evident, weil die entgegengesetzte Behauptung sinnlos und unverständlich wäre. Es wäre sinnlos, dem Urheber eines Schadens zu bestätigen, er habe sich genauso verhalten, wie die Rechtsordnung es von ihm verlangt oder ihm gestattet, und ihm gleichzeitig vorzuwerfen, er habe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen. Der Betroffene würde es nicht verstehen, wenn ihn der Richter zu Schadensersatz verurteilt mit der Begründung, er habe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt, und ihm auf die Frage, was er denn habe anders machen müssen, zu Antwort gäbe: ‚Nichts‘.“⁵⁴¹

Ob ein Verhalten falsch oder richtig ist, bestimmt sich nach der Rechtswidrigkeit, denn ein rechtmäßiges Verhalten kann nicht unrichtig im nor-

⁵³⁸ In FS E.R. Huber, S. 253 ff.

⁵³⁹ U. Huber, in FS E.R. Huber, S. 262.

⁵⁴⁰ U. Huber, in FS E.R. Huber, S. 262.

⁵⁴¹ U. Huber, in FS E.R. Huber, S. 262.

mativen Sinn sein. Maßgeblich für die Haftung und insbesondere für die Rechtswidrigkeit kann nur das Verhalten sein, nicht der eingetretene Erfolg.

Um mit Wiethölter zu sprechen: *„Aber der Erfolg ist nicht der Unrechtskern, sondern nur seine Voraussetzung. Zivilrechtliches Unrecht ist erfolgsqualifiziertes Unrecht, aber nicht Erfolgsunrecht. Der Unrechtskern steckt im Unrechtsgeschehen, im unrechten Tun.“*⁵⁴²

Für den grundsätzlich dienstvertraglich einzuordnenden Anwaltsvertrag ist – unabhängig von einer allgemein dogmatisch zu bevorzugenden Beurteilung der Rechtswidrigkeit nach der Lehre vom Verhaltensunrecht – das Verhaltensunrecht maßgeblich (s.o.).

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die allgemeine These, dass im Rahmen der Vertragshaftung die objektive Pflichtwidrigkeit mit der Rechtswidrigkeit gleichzusetzen ist, zu relativieren. Im Rahmen der Anwaltsvertragshaftung, für welche die Lehre vom Handlungsunrecht anzuwenden ist, muss zwischen objektiver Pflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit unterschieden werden, es liegt keine Deckungsgleichheit vor. Nach der Lehre vom Verhaltensunrecht muss „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ verletzt sein, sonst liegt zwar eine objektive Pflichtverletzung vor, es fehlt aber an der Rechtswidrigkeit.⁵⁴³ Damit ist beim Dienstvertrag strikt zwischen objektiver Pflichtverletzung und Rechtswidrigkeit zu unterscheiden.

Dies sei an folgendem Beispiel erläutert:

Der Rechtsanwalt erhebt für seinen Mandanten, der bei Vertragschluss Verbraucher nach § 13 BGB war, Klage gegen einen Unternehmer gemäß § 14 BGB auf Feststellung, dass ein Vertrag wegen eines erfolgten Widerrufs nach § 355 BGB n.F. iVm. § 312 BGB n.F. unwirksam ist. Der schriftliche Widerruf durch Einschreiben/Rückschein durch den Mandan-

⁵⁴² Wiethölter, S. 34.

⁵⁴³ Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 386; Münch-Komm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 15, 21; Stoll, AcP 162, S 152.

ten erfolgte erst 8 Monate nach Vertragsschluss, ohne dass das Geschäft bereits durchgeführt wurde, da der Mandant nach seinen Angaben nicht über ein Widerrufsrecht in der Haustürsituation belehrt worden war; in den Unterlagen des Mandanten fand sich keine unterschriebene Widerrufsbelehrung. Der Anwalt erhält den Auftrag, Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages zu erheben.

Der Anwalt kam aufgrund der Unterlagen und der Auskünfte des Mandanten zu dem Ergebnis, dass der Widerruf nach § 355 BGB n.F. wegen § 355 III 3 BGB n.F. auch nach 6 Monaten noch wirksam möglich war und der Vertrag unwirksam wurde. Im Prozeß wird von Beklagtenseite eine vom Mandanten unterschriebene ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung vorgelegt und durch Zeugenbeweis nachgewiesen, dass der Mandant auch ein Formular der Widerrufsbelehrung ausgehändigt bekommen hat. Die Klage wird demnach richtigerweise abgewiesen.

Der Anwalt hat objektiv pflichtwidrig gehandelt, da er eine unbegründete Klage erhoben hat und den Sachverhalt nicht umfassend aufklärte. Allerdings scheidet eine Haftung des Anwalts aus, da es an der Rechtswidrigkeit seines Handelns fehlte. Bei Erhebung der Klage hat er die erforderliche Sorgfalt beachtet, nämlich die Voraussetzungen der §§ 312, 355 BGB n.F. auf der Basis der Auskünfte und Unterlagen des Mandanten geprüft und die richtigen rechtlichen Konsequenzen gezogen. Auf die Richtigkeit der Auskünfte und die Vollständigkeit der Unterlagen des Mandanten durfte er sich verlassen (siehe unter B. II. 2.) und musste nicht, da nicht erforderlich, sich zunächst beim Gegner erkundigen, ob die Angaben seines Mandanten auch wahrheitsgemäß sind. Der Anwalt durfte unter Berücksichtigung der erforderlichen Sorgfalt unmittelbar und ohne weitere Erkundigungen Klage einreichen.

(c) Abgrenzung Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeitsschuld

Zwischen der Lehre vom Erfolgs- und Handlungsunrecht bestehen Unterschiede und Gemeinsamkeiten. Insbesondere haben beide Ansichten das Problem, dass die Grenzen zwischen Rechtswidrigkeit und Fahrlässig-

keitsschuld unscharf sind und teilweise bis zur Unkenntlichkeit vermischt werden.

So ist beim Verhaltensunrecht nicht jedes menschliche Tun oder Unterlassen gesetzlich geregelt, so dass auf die Generalklausel der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ zurückgegriffen werden muss⁵⁴⁴, wohingegen nicht jeder Erfolg automatisch die Rechtswidrigkeit indizieren kann, da sonst die Haftung zu weit ausgedehnt würde, was vom Großen Senat des BGH⁵⁴⁵ durch die Einführung des Rechtfertigungsgrundes des verkehrsgerechten Verhaltens einzugrenzen versucht wurde⁵⁴⁶, was aber wiederum als unzureichend kritisiert⁵⁴⁷ wird.

Ein bisher noch nicht angesprochener weiterer wesentlicher Punkt für eine Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Verschulden ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung. Bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit gilt die Betrachtung ex-post - beim Verschulden dagegen die ex-ante Sicht.⁵⁴⁸ Bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Handlung beurteilt das Gericht die Situation danach, wie sich der Schädiger unter Zugrundelegung der im Nachhinein gewonnenen Erkenntnisse hätte verhalten müssen, um rechtmäßig zu handeln. Dagegen bemisst sich das Verschulden danach, was der Täter in der jeweiligen Situation leisten konnte, nicht was er hätte leisten müssen.

Fraglich ist also nunmehr, ob überhaupt und wie das Problem der Abgrenzung von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit bewerkstelligt werden kann. Gleichgültig, welcher Unwertslehre man anhängt, für beide Ansichten stellt sich – zumindest im Dienstvertragsrecht - früher oder später

⁵⁴⁴ Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 391 sprechen insoweit von einem „doppelten Maßstab“.

⁵⁴⁵ BGHZ 24, S. 21.

⁵⁴⁶ Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 22.

⁵⁴⁷ Stoll, JZ 1958, S. 140; Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 179 ff.

⁵⁴⁸ Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 36.

dieses Problem, wie bereits ausgeführt wurde. Kern und Ursache der Problematik ist der Begriff der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“.

Als weiteres Beispiel für die Problematik soll die Ausführung von U. Huber im Bereich der Vertragshaftung genannt sein. Durch die vertragliche Vereinbarung wird nur festgelegt, welchen Leistungserfolg der Schuldner zu erbringen hat; *„welche Leistungshandlung der Schuldner vorgenommen haben muss, der den Leistungserfolg nicht erreicht und sich vom Vorwurf der Fahrlässigkeit entlasten will, ergibt sich aus dem Maß der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ (worunter „äußere“ Sorgfalt zu verstehen ist).“*⁵⁴⁹

U. Huber spricht von (äußerer) Fahrlässigkeit und der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im Vertragsbereich. Er übersieht dabei aber, dass bei bestimmten Verträgen, wie eben gerade beim Dienstvertrag, kein Erfolg geschuldet wird. Deshalb ist auch durch die vertragliche Vereinbarung kein Leistungserfolg festgelegt, welchen der Schuldner nicht erbracht hat. In diesem Fall ist auch Huber gezwungen, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt als Hilfsmittel zu Bestimmung der Pflichtwidrigkeit heranzuziehen, da die Pflicht sonst nicht festgestellt werden könnte. Entgegen seiner Ansicht muss U. Huber also die Sorgfalt des Verkehrs doch im Tatbestand und nicht in der Schuld prüfen. Die Problematik ist augenscheinlich.

(i) Der Begriff der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“

Auf den ersten Anschein ist der Begriff der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ in seiner Funktion und systematischen Stellung im Rechtssystem klar geregelt. Das Gesetz formuliert in § 276 I 2 BGB a.F. : *„Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht lässt“*.

Damit scheint klar, dass der Gesetzgeber eine Legaldefinition der Fahrlässigkeit als Verschuldensstufe geschaffen hat und die Sorgfalt des Verkehrs deshalb an die Schuld gebunden ist. Bei näherer Betrachtung ergibt sich aber ein anderes Bild.

⁵⁴⁹ U. Huber, in FS für E.R. Huber, S. 282.

Der BGH hat in seiner viel zitierten Entscheidung festgestellt, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht nur ein Element der Schuld ist, sondern auch bereits im Rahmen der Rechtswidrigkeit beachtet werden muss.⁵⁵⁰ Auch in der Literatur ist man sich überwiegend darüber einig, dass der Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sowohl ein Rechtswidrigkeits- als auch ein Schuldurteil beinhaltet.⁵⁵¹

Andere⁵⁵² lehnen ein solches Verständnis ab und ordnen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausschließlich der Schuldstufe zu.

Dagegen gibt es die entgegengesetzte Ansicht, die den dreistufigen Prüfungsaufbau für obsolet hält, da ein objektivierter Haftungsmaßstab gelte. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist nach dieser Meinung ausschließlich ein Element der Rechtswidrigkeit und ein Verschulden nicht mehr notwendig.⁵⁵³

Dieser Punkt ist näher zu untersuchen. Der Grund für die Vielfalt der vorhandenen Meinungen und ihrer Unterarten liegt darin begründet, dass es für die Rechtswidrigkeit anscheinend keine Definition gibt und „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ sowohl in der Rechtswidrigkeit als auch im Verschulden benötigt und angewendet wird.

Die dagegen aufzustellende These lautet, dass der Gesetzgeber in § 276 BGB mit „der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ nicht die Fahrlässigkeit, sondern die Rechtswidrigkeit definiert und nur als Bezugspunkt in den Tatbestand der Fahrlässigkeit aufgenommen hat. Damit hat die Feststellung der verkehrserforderlichen Sorgfalt in der Rechtswidrigkeit zu erfol-

⁵⁵⁰ BGHZ 24, S. 28.

⁵⁵¹ So z.B. U. Huber, FS E. R. Huber, S. 257; Jeschek/Weigand⁵, § 55 I, § 57 I – III; Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 267 f.; Esser/Weyers⁸, Schuldrecht BT, § 38 II; Enneccerus/Nipperdey¹⁵, 2. Hbd., S. 1323; Deutsch, Fahrlässigkeit und im Verkehr erforderliche Sorgfalt, S. 96.

⁵⁵² So z.B. Stoll, AcP 162, S. 229, 230.

⁵⁵³ So Esser/Schmidt⁷, § 25 V, S. 70.

gen und ist auf der Schuldebene nur noch als Bezugspunkt für die persönliche Verantwortlichkeit erheblich. Dies gilt es im Folgenden zu belegen.

(ii) Inhalt des Fahrlässigkeitsvorwurfes nach h.M.

Der Gesetzgeber des BGB hat sich bereits 1896 für die Verschuldenshaftung im Zivilrecht als Grundsystem entschieden. Daneben installierte er die Tierhalterhaftung als Gefährdungshaftung. Seitdem wurden weitere Tatbestände als Haftung für die Eröffnung oder Schaffung einer Gefahrenquelle geschaffen, wie z.B. das Produkthaftungsgesetz oder § 7 I StVG. Diese, durch den Fortschritt in Technik und Wirtschaft notwendig gewordenen Haftungssysteme haben jedoch nichts an dem Grundmuster der zivilrechtlichen Haftung geändert, dem Verschuldensprinzip.

Innerhalb der Vorsatzhaftung ist dieses System auch deutlich erkennbar und wird nicht ernsthaft in Frage gestellt. Vorsatz bedeutet das Wissen und Wollen der rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung, gleichgültig ob in der vertraglichen oder der deliktischen Haftung.⁵⁵⁴ Bei vorsätzlichem Handeln hat der Täter den rechtswidrigen Erfolg vorhergesehen und in seinen Willen aufgenommen.⁵⁵⁵ Aus diesem Grund ist der Täter im Zivilrecht grundsätzlich auch entschuldigt, wenn er über tatsächliche Umstände der Tat irrt sowie wenn er einem Rechtsirrtum unterliegt.⁵⁵⁶

Eine Definition des Vorsatzes gibt der Gesetzgeber nicht⁵⁵⁷, dennoch herrscht über den Inhalt des Vorsatzes Einigkeit. Der Vorsatz wird durch

⁵⁵⁴ Vgl. nur Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 17; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 10; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 41.

⁵⁵⁵ MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 161; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 10.

⁵⁵⁶ Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 52; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 21; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 11.

⁵⁵⁷ Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 21; Esser/Schmidt⁷, § 26 I, S. 75; Erman¹⁰/Battes, § 276 Rdnr. 16.

Wissen und Wollen des Täter bestimmt, womit auch die psychologische, individuelle Beziehung des Vorsatzverschuldens angesprochen ist.⁵⁵⁸ Für die Haftung aus Vorsatz muss neben der Kenntnis der äußeren Umstände auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit hinzutreten⁵⁵⁹, ein typisch subjektives Element. Im Rahmen des bedingten Vorsatzes wird dies mit „billigend in Kauf nehmen“ umschrieben⁵⁶⁰, wodurch wiederum die subjektive Komponente im Vorsatz angesprochen ist.

Im Rahmen der Fahrlässigkeitshaftung ist dies weit weniger klar. Zunächst findet sich immer wieder die Formulierung, wie sie beispielhaft Medicus entliehen wird: *„Im Gegensatz zum Vorsatz ist die Fahrlässigkeit im Gesetz definiert und zwar in § 276 I 2: Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.“*⁵⁶¹ Im Anschluss an diese Definition wird meist festgestellt, dass der Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts ein notwendig objektiv-abstrakter ist, der die Individualität des Täters unberücksichtigt lässt, um den Vertrauensschutz im Rechtsverkehr zu gewährleisten.⁵⁶² Als Pendant zu den Elementen Wissen und Wollen des Vorsatzes werden bei der Fahrlässigkeit Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit angesehen, was weitgehend unbestritten ist.⁵⁶³

Entgegen der Vorsatzhaftung wird dem Täter jedoch bei einer fahrlässigen Begehung kein Individualismus iSd Wollens zugestanden, sondern ein objektivierter Sorgfaltsmaßstab angelegt.⁵⁶⁴

⁵⁵⁸ Esser/Schmidt⁷, § 26 I, S. 75.

⁵⁵⁹ So zumindest nach der im Zivilrecht ganz vorherrschenden Vorsatztheorie BGHZ 118, 208; Esser/Schmidt⁷, § 26 I, S. 77; Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 21; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 55.

⁵⁶⁰ So z.B. BGH NJW 1986, S. 182.

⁵⁶¹ Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 308.

⁵⁶² Vgl. nur Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 29; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 15; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 54.

⁵⁶³ MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 75.

⁵⁶⁴ Statt vieler BGH NJW 2000, S. 2813; Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 309; MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 78.

So heißt es in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2003:

*„Hierbei [gemeint ist die Fahrlässigkeit] ist auf das Maß an Fähigkeiten, Umsicht und Sorgfalt abzustellen, das von einem Angehörigen der betreffenden Berufsgruppe bei der Erledigung des entsprechenden Geschäfts typischerweise verlangt werden kann. Die objektive Betrachtungsweise schließt eine Berufung auf individuelle mangelnde Kenntnisse und fehlende Erfahrungen aus.“*⁵⁶⁵

Als Grund für einen in dieser Weise anzuwendenden objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff wird die Schutzwürdigkeit und –bedürftigkeit des Vertrauens im Rechtsverkehr genannt, das die Berücksichtigung individueller Momente der Fahrlässigkeit nicht erlaube.⁵⁶⁶

Als Anknüpfung und Begründung für dieses Gesetzesverständnis wird die Formulierung in § 276 I 2 BGB angeführt, „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“. *„Die Ausrichtung des § 276 I 2 auf die Verkehrsbelange impliziert überdies ein gewisse Durchschnittlichkeit der gemeinten Anforderungen.“*⁵⁶⁷

Der Wortlaut des § 276 I 2 BGB a.F. lässt diese Folgerungen nicht zwingend erscheinen. Dass der Gesetzgeber die Fahrlässigkeit als „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ definiert hat und damit den Verschuldensmaßstab

⁵⁶⁵ Entscheidung des BGH vom 27.03.2003, Az. IX ZR 399/99. Zu beachten ist auch, dass der BGH bereits im Jahre 1991 in einer Entscheidung Folgendes ausführte: *„Das gilt aber nur, wenn das Schutzgesetz das geforderte Verhalten bereits so konkret umschreibt, dass mit der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Schluss auf einen subjektiven Schuldvorwurf nahe liegt.“* BGHZ 116, S. 115. Hier spricht der BGH also sehr wohl von einer subjektiven Komponente.

⁵⁶⁶ Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 15; Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 309; so auch Spickhoff, der die Entscheidung für einen objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstab als (auch) rechtspolitische Entscheidung zum Schutz der Opfer sieht, Spickhoff, § 8 S. 216 f.

⁵⁶⁷ Esser/Schmidt⁷, § 26 II, S. 80.

in dieser Art verstanden wissen wollte, kommt in dem Wortlaut des § 276 I 2 BGB a.F. nicht eindeutig zum Ausdruck.

Der Verschuldensbegriff und die Schuld an sich ist kein rein psychologischer Zustand, sondern ein normativer Umstand.⁵⁶⁸ Deshalb ist unter dem Verschulden im Rechtssinne nicht die seelische Beziehung des Täters zur Tat⁵⁶⁹, sondern die subjektive Verantwortlichkeit für ein Handeln oder Unterlassen, das „Einstehen müssen“ für etwas und die Vorwerfbarkeit zu verstehen.⁵⁷⁰

Dieses nicht ernsthaft zu bestreitende Element des deutschen verschuldensabhängigen Haftungssystems kommt aber nicht in der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ zum Ausdruck, sondern in der häufig unterschätzten und nicht zitierten Vervollständigung, nämlich dem „außer acht Lassen“. Nur diese Formulierung bringt den Bezug zur Verantwortlichkeit des Handelnden im Sinne eines Verschuldens als Verantwortlichkeit. Die Sorgfalt des Verkehrs ist nur der Bezugspunkt des außer acht Lassens.

Diese Formulierung beinhaltet aber unverkennbar eine subjektive Komponente und eine Verbindung zu den individuellen Eigenarten des Täters. Ob jemand eine grundsätzlich gebotene Vorsicht nicht geübt hat, ist nicht allgemein anhand eines durchschnittlichen Menschen zu beurteilen, sondern nur am Einzelfall und der konkreten Situation des Handelnden. Beim Vorsatz wird eine solche Komponente im „Wollen“ der Tat anerkannt, was auch dem Grundsatz der Verschuldenshaftung entspricht. Nur bei der Fahrlässigkeit soll ein solcher Bestandteil als subjektives Kriterium nicht vorhanden sein, um den Verkehr zu schützen.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ MünchKomm⁴/Grundmann, § 276 Rdnr. 54; U. Huber, in FS E.R. Huber, S. 256.

⁵⁶⁹ U. Huber, in FS E.R. Huber, S. 256.

⁵⁷⁰ So z.B. Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 8; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276, Rdnr. 5; Larenz⁸/Wolf, BGB AT, § 2 Rdnr. 26 ff; Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 301.

⁵⁷¹ Vgl. auch Magnus, S. 74, der durch die Rechtsprechung des BGH das Verschuldensprinzip praktisch in ein objektives Haftungssystem verkehrt sieht.

Nachfolgend wird die Diskussion um den Inhalt der Fahrlässigkeit im Zivilrecht aufgezeigt werden, um zu prüfen, ob tatsächlich ein objektivierter Maßstab für die Fahrlässigkeitshaftung angezeigt ist oder ob nicht zur Vermeidung der bestehenden Abgrenzungsprobleme mit der Rechtswidrigkeit ein rein subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff bei gleicher Rechtssicherheit für den Geschädigten praktikabler ist.

Ausgangspunkt der Darstellung auf Basis der immer noch h. M. soll die Zusammenfassung von Heinrichs sein:

*„Fahrlässigkeit ist nach der für das gesamte bürgerliche Recht geltenden Begriffsbestimmung in [§ 276] I 2 Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Sie ist kein Element der Rechtswidrigkeit, sondern eine Schuldform.“*⁵⁷²

Bereits in dieser kurzen einführenden Definition wird die bestehende Unsicherheit bezüglich der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sichtbar. Der Autor kann die Fahrlässigkeit nicht definieren, ohne sofort zu betonen, dass diese mit der Rechtswidrigkeit nichts zu tun hat. An der Tatsache selbst, dass zivilrechtliche Fahrlässigkeit Verschulden im Sinne des Gesetzes ist, bestehen wohl keine Zweifel. Dagegen birgt die Sorgfalt des Verkehrs die bereits bekannte Problematik der Abgrenzung zur Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit.

Der Sorgfaltsmaßstab soll abweichend vom Strafrecht nicht individuell, sondern objektiv-abstrakt sein, mit dem als wesentlich angesehenen Grund der Verkehrssicherheit und dem Vertrauensschutz.⁵⁷³ Der Einzelne soll sich im täglichen Verkehr mit anderen darauf verlassen können, dass

⁵⁷² Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 12; ebenso Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 10; RGRK¹²/Alff, § 276 Rdnr. 8; Erman¹⁰/Battes, § 276 Rdnr. 10.

⁵⁷³ Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 15; siehe auch Spickhoff, § 8, S. 217; Erman¹⁰/Battes, § 276 Rdnr. 19; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 56.

fehlende Fachkenntnis, Verstandeskraft oder körperliche Defizite einen Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen lassen.⁵⁷⁴

Als Pendant zum Wissen und Wollen des Vorsatzes werden bei der Fahrlässigkeit die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit genannt.⁵⁷⁵ Im Gegensatz zum Vorsatz wird bei der Fahrlässigkeit aber nicht auf den konkreten Täter und dessen Persönlichkeit, sondern auf einen objektiven Sorgfaltsmaßstab abgestellt.⁵⁷⁶ Damit ist gemein, dass nicht der jeweils handelnde Täter und seine persönliche Verantwortlichkeit mit dem Fahrlässigkeitsurteil gemessen werden, sondern sein Verhalten mit dem einer imaginären Bezugsperson verglichen wird. Hat sich der Schädiger anders verhalten, handelt er fahrlässig.⁵⁷⁷

Eine gute Zusammenfassung des Unterschiedes findet sich bei Karl Larenz:

*„Dagegen vertritt die Rechtsprechung im Zivilrecht seit langem einen objektivierten oder typisierten Fahrlässigkeitsmaßstab. Dem folgt auch der überwiegende Teil der Lehre. Hiernach kommt es für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit im allgemeinen nur auf die typischen Kenntnisse und Fähigkeiten eines Angehörigen dieses Berufs oder dieser Gruppe von Verkehrsteilnehmern (z.B. Kraftfahrer) oder auch dieser Altersgruppe an, darüber hinaus – insofern bleibt ein ‚subjektives‘ Moment erhalten – auf die erhöhten Fähigkeiten gerade des Betreffenden.“*⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 56; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 15; RGRK¹²/Alff, § 276 Rdnr. 19.

⁵⁷⁵ So z.B. Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 261; MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 75.

⁵⁷⁶ RGRK¹²/Alff, § 276 Rdnr. 19; MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 78; Erman¹⁰/Battes, § 276 Rdnr. 19.

⁵⁷⁷ Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 309; Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 264; MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 79.

⁵⁷⁸ Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 264.

Dabei ist der verbleibende Rest der Individualisierung aber nur zu **Lasten** des Täters zu berücksichtigen, nicht aber zu seinem Vorteil.⁵⁷⁹ Hat der Betreffende also mehr Fähigkeiten als der Durchschnitt oder ist er begabter, haftet er mehr als andere, wohingegen eine Minderbegabung unerheblich bleibt und die Haftung für fahrlässiges Handeln nicht einschränkt.

Üblich ist heute nach h.M. die Unterteilung der Fahrlässigkeit in die innere und äußere Sorgfalt.⁵⁸⁰ Unter der äußeren Sorgfalt, die sich auf das sachgemäße Verhalten bezieht, wird das Verhalten gezählt, das nach außen erkennbar dem zu fordernden Verhalten oder Unterlassen entspricht⁵⁸¹, so z.B. beim Anwalt der Hinweis an den Mandanten, dass ein Anspruch demnächst verjähren wird oder die rechtzeitige Einlegung eines Rechtsmittels.

Im Bereich der äußeren Sorgfalt wird jedoch wieder das Problem virulent, welche Anforderungen an deren Einhaltung zu stellen sind und mit welchem Maß gemessen wird. Die äußerlich erkennbare Handlung ist nämlich bereits Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteiles, bei welchem – wie bereits oben ausgeführt – zur Bestimmung der mittelbaren rechtswidrigen Eingriffe ebenfalls auf das sachgemäße Verhalten abgestellt wird.⁵⁸²

Nach Deutsch und einem ihm folgenden Teil der Lehre und Rechtsprechung ist die äußere Sorgfalt im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung an dem Maßstab des Bestmöglichen, des Maximums an Sorgfaltsanforderung zu messen, wohingegen im Rahmen der Schuld ein personaler und damit abgeschwächter Maßstab gelten soll.⁵⁸³

⁵⁷⁹ Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 264; MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 78.

⁵⁸⁰ BGHZ 80, S. 199; Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 267; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 385 ff; U. Huber, in FS für E.R. Huber, S. 265 ff; Brodmann, AcP 99, S. 379 f.

⁵⁸¹ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 385.

⁵⁸² Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 36, 73; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 385.

⁵⁸³ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 385; U. Huber, in FS E.R. Huber, S. 268; Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 268; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 36, 73.

Als Begründung wird angeführt, dass innerhalb der Verschuldenshaftung eine personalisierte Zurechnung im Sinne der Vorwerfbarkeit erfolgt, die einen reduzierten Sorgfaltsmaßstab erfordert.⁵⁸⁴

Neben dieser bereits durch die Personalisierung bedingte Abschwächung der in der Rechtswidrigkeit noch zugrundelegenden Sorgfalt im Höchstmaß besteht die zusätzlich erforderliche innere Sorgfalt⁵⁸⁵. Dieses Erkenntnis beruht darauf, dass auch das zivilrechtliche Verschulden maßgeblich eine persönliche Zurechnung und Verantwortlichkeit fordert, weshalb ein rein objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff mit der Gesetzeslage in Widerspruch geraten würde.⁵⁸⁶

Die Anhänger einer so verstandenen inneren Sorgfalt sehen darin einen intellektuell-emotionalen Vorgang, zusammengesetzt aus zwei Teilen.⁵⁸⁷ Zur inneren Sorgfalt zählt zum einen die Erkenntnis der Norm und die dazugehörenden Tatbestandsmerkmale, zum anderen die Ausrichtung des Inneren auf die Erbringung der äußeren Sorgfalt.⁵⁸⁸ Auch hier ist die Anforderung an die Sorgfalt nicht ganz eindeutig. Ebenso wie bei der äußeren gibt es die Wahl zwischen der inneren Sorgfalt im Höchstmaß und die der personalisierten und damit reduzierten Anforderung an die Aufmerksamkeit. Als Äquivalent zur äußeren Sorgfalt wird im Rahmen der Verschuldensfahrlässigkeit ein personalisierter, reduzierter Maßstab angelegt.⁵⁸⁹

⁵⁸⁴ Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 387; Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 268; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 386; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 73.

⁵⁸⁵ Richtig ist allerdings, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zunächst einen Pflichtenmaßstab umschreibt, der notwendigerweise, wie Wiethölter es formuliert, „überindividuell“ (Wiethölter, S. 22), sein muss.

⁵⁸⁶ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 387.

⁵⁸⁷ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 387.

⁵⁸⁸ Spickhoff, S. 211; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 388.

⁵⁸⁹ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 388.

Nach der Lehre, die die Fahrlässigkeit in äußere und innere Sorgfalt bei einem personalisierten Bezugsmaßstab unterteilt, liegt schuldhaft fahrlässiges Handeln nur vor, wenn kumulativ die innere und äußere Sorgfalt außer acht gelassen wurde. Selbst wenn eine Komponente gröblich verletzt wurde, kommt eine Haftung nicht in Betracht, wenn es an der anderen fehlt.⁵⁹⁰

Zur Veranschaulichung eines derart verstandenen Fahrlässigkeitsbegriffes seien bei Deutsch zwei Beispiele entlehnt:

- Wer sich im Rahmen einer Autofahrt im Langsamfahren übt und daher äußerlich sorgfältig an spielenden Kindern vorbeifährt, aber diese nicht bemerkt hat und daher innerlich nicht sorgfältig handelt, haftet bei einer Verletzung dennoch nicht nach § 823 BGB.⁵⁹¹
- Ein Kraftfahrer, der mit überhöhter Geschwindigkeit an spielenden Kindern vorbeifährt, handelt zwar sorgfaltswidrig, haftet bei einem unerwarteten Wadenkrampf, der die Beschleunigung verursacht hat, aber dennoch nicht, da wegen der Überraschung der körperlichen Fehlreaktion die innere Sorgfalt nicht außer acht gelassen wurde.⁵⁹²

Auch der BGH folgt der Unterteilung in innere und äußere Sorgfalt.⁵⁹³ Anfänglich beschränkte sich die Beurteilung der inneren Sorgfalt zunächst nur darauf, aus dem Vorliegen einer Verletzung der äußeren Sorgfalt auf die innere zu schließen und daher dem Täter den Beweis aufzuerlegen, dass er diese beachtet habe.⁵⁹⁴

Im Laufe der Zeit hat jedoch auch der BGH erkannt, dass ein derartiges Vorgehen nicht durchwegs gerechtfertigt ist, und verfolgt seitdem die Methode, dass nur bei Normen, die ein „räumlich-zeitlich-gegenständlich

⁵⁹⁰ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 390; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 73; Spickhoff, S. 210 ff.

⁵⁹¹ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 390.

⁵⁹² Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 390.

⁵⁹³ Vgl. nur NJW 1988, S. 909; NJW 1976, S. 568.

⁵⁹⁴ BGHZ 116, S. 72 f.

umschriebenes Verhalten beinhalten“⁵⁹⁵, der innere Sorgfaltsverstoß durch den äußeren indiziert wird.⁵⁹⁶ Wo hingegen nur ein abstrakter Erfolg verboten wird, besteht der BGH nunmehr auf Feststellung auch der Verletzung der inneren Sorgfalt.⁵⁹⁷ Allerdings bleibt festzuhalten, dass der BGH – insbesondere bei der Anwaltshaftung – allzu oft die Komponente der inneren Sorgfältigkeit nicht berücksichtigt und sich mit der Feststellung der Verletzung der äußeren Sorgfalt begnügt.⁵⁹⁸

Die trotz teilweiser Berücksichtigung der persönlichen (inneren) Sorgfalt dennoch stringente, an einem objektivierten Maßstab gemessene Haftung wird im Zivilrecht für richtig gehalten, da es hier im Gegensatz zum Strafrecht nicht primär um persönliche Schuld, sondern um die Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs⁵⁹⁹ und die gerechte Schadensverteilung⁶⁰⁰ gehen soll.

Dieser harte Maßstab für die Verantwortung des Schuldners wird durch die h.M. dadurch etwas abzuschwächen versucht, dass der unbestimmte Begriff der Sorgfalt im Verkehr abgestuft wird⁶⁰¹. Es gilt, einen Bezugspunkt zu schaffen, der bei dem Vergleich des vorgenommenen Verhaltens mit dem des notwendigen zugrunde zu legen ist.

⁵⁹⁵ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 391.

⁵⁹⁶ BGH VersR 1984, S. 271; BGHZ 116, S. 115, wobei in dieser Entscheidung zu beachten ist, dass eine derartige Indizwirkung vom BGH nur dann angenommen wird, wenn das verletzte Schutzgesetz das geforderte Verhalten bereits derart konkret umschreibt, dass mit einer Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Schluss auf einen „*subjektiven Schuldvorwurf*“ (!) gerechtfertigt ist, BGHZ 116, S. 115.

⁵⁹⁷ BGHZ 116, S. 115.

⁵⁹⁸ So z.B. BGH VersR 1975, S. 425; zur Kritik siehe Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 19; Vollkommer, Anwaltshaftung, Rdnr. 276.

⁵⁹⁹ Vgl. nur BGH NJW 2001, S. 1786; Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 309; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 55; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 276 Rdnr. 10.

⁶⁰⁰ Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 265; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 75; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 29.

⁶⁰¹ Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 310.

Bei der Umschreibung der relevanten Bezugsperson konnte bisher noch keine einheitliche Terminologie gefunden werden, die auch inhaltlich gleich verstanden wird. Sie reicht vom bonus pater familias über den durchschnittlichen, normalen, ordentlichen, vernünftigen bis zum besonnenen und gewissenhaften Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises.⁶⁰²

Hanau bevorzugt den Begriff der „durchschnittlichen Anforderungen“, da hierin deutlich werde, dass bei der Beurteilung und Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes der im Verkehr erforderlich Sorgfalt sowohl die tatsächlichen Umstände als auch die normative Gebotenheit eine Rolle spielen.⁶⁰³

Dagegen lehnt Deutsch diese Sichtweise ab, da nach seiner Ansicht der moderne Mensch im Laufe eines Arbeitstages unterschiedliche „Gewänder“ bekleide, vom Profi bis zum Laien, weshalb sich eine Beurteilung am Maßstab des Durchschnitts verbiete.⁶⁰⁴ Deutsch plädiert daher für eine Bewertung des Verhaltens auf Grundlage der objektiv-typisierten Sorgfalt im Sinne einer objektiven Übernahme.⁶⁰⁵ Entscheidend sei das Auftreten des Schädigers in einem Verkehrskreis, durch welches der Allgemeinheit signalisiert wird, dass er die in diesem Verkehrskreis notwendigen Fähigkeiten besitzt.⁶⁰⁶

Der anzuwendende Verkehrskreis bestimmt sich nach der Gefahr, der Ausbildung oder dem Beruf, in welchem sich der Schädiger bewegt. Es

⁶⁰² Nach MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 79; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 29.

⁶⁰³ MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 79.

⁶⁰⁴ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 403.

⁶⁰⁵ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 404.

⁶⁰⁶ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 404; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 55; Erman¹⁰/Battes, § 276 Rdnr. 19.

werden dabei allgemeine und spezielle Verkehrskreise gebildet und als Vergleichsmaßstab herangezogen.⁶⁰⁷

Die Bestimmung der äußeren Sorgfalt als sachgemäßes Verhalten ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände.⁶⁰⁸ Zwar werden als Aufhänger die unterschiedlichsten Ausgangsformulierungen wie „Durchschnittsmensch“ oder „durchschnittliche Anforderungen“ benutzt, letztlich lässt sich aber feststellen, dass die Beurteilung der Sorgfalt im Verkehr durchwegs anhand von Verkehrskreisen vorgenommen wird⁶⁰⁹. Teilweise werden die Kreise zwar unterschiedlich eng gezogen und manchmal spezielle Untergruppen gebildet, die von anderen nicht anerkannt werden, letztlich sind die Unterschiede aber marginal. Die Aussage von Deutsch bekommt dadurch nur noch mehr Nachhalt, lässt aber auch die einmal vorhandenen Unterschiede verschwinden, so dass zwischen der Ansicht von Deutsch und der mittlerweile ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur kein grundlegender Unterschied mehr besteht.

Als allgemeiner Verkehrskreis spielt zunächst die Zugehörigkeit des einzelnen zu einer bestimmten Personengruppe, z.B. zur Gruppe der Kinder, der Erwachsenen, der Senioren, der Tauben, der Gehbehinderten usw. eine erhebliche Rolle.⁶¹⁰

Die Anforderungen an ein Verhalten von Kindern und Jugendlichen sind wesentlich geringer als die an einen Erwachsenen, wobei jedoch zu be-

⁶⁰⁷ Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 405 ff.

⁶⁰⁸ RGZ 152, S. 135 ff; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 73; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 396.

⁶⁰⁹ So z.B. U. Huber, in FS für E.R. Huber, S. 253; MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 82; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 276 Rdnr. 11; Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 35.

⁶¹⁰ Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 29; Erman¹⁰/Battes, § 276 Rdnr. 23; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 396.

achten ist, dass nur der grundsätzliche objektive Maßstab geringer angesetzt wird, nicht aber die individuelle Fähigkeit des einzelnen.⁶¹¹

Für alle Gruppen gilt, dass die der jeweiligen Gruppe typischen Besonderheiten in körperlicher, geistiger und seelischer Hinsicht zu beachten sind. Dabei sind vom Betroffenen die Schwächen zu beachten und auszugleichen und die vorhandenen Stärken einzusetzen.⁶¹²

Bereits oben wurde ausgeführt, dass nach h.M. die Person des Verletzers an den typischen Merkmalen der Vergleichsgruppe zu messen ist, wobei individuelle Mangelbegabungen unberücksichtigt bleiben sollen. Dagegen führen besondere Fähigkeiten zu einer verschärften Haftung gegenüber dem „Durchschnittsgruppenzugehörigen“.⁶¹³ Wer über besondere Fähigkeiten verfügt, z.B. ein Fachanwalt für Sozialrecht, hat diese einzusetzen und damit eine Leistung auf höherem Niveau zu erbringen als der im Sozialrecht üblicherweise wenig bewanderte allgemeintätige Anwalt.⁶¹⁴

Fraglich bleibt, ob für die Fachanwaltschaft eine eigene Bezugsgruppe⁶¹⁵ gebildet werden sollte, deren allgemein hohe Fachkenntnisse die „im Verkehr erforderlichen“ Maßstäbe setzen oder ob für diese Sondergruppe weiter nach dem Muster der besonderen Fähigkeiten vorgegangen werden sollte.⁶¹⁶ Das Ergebnis ist dasselbe. Für den Fachanwalt als Sondergruppe gelten die erhöhten Anforderungen nur auf seinem Spezialgebiet, während auf anderen Gebieten derselbe Maßstab wie für den „Allrounder“ gilt.⁶¹⁷ Bildet man dagegen keine Sondergruppe, sondern erhöht die An-

⁶¹¹ MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 83; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 29.

⁶¹² Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 396.

⁶¹³ Esser/Schmidt⁷, § 26 II; Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 76; BGH NJW 1987, S. 1479.

⁶¹⁴ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 288.

⁶¹⁵ So jetzt Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 408.

⁶¹⁶ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 289; Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 21.

⁶¹⁷ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 289.

forderungen für den Fachanwalt nur für seine Spezialdisziplin, kommt man zum selben Ergebnis, nur dass die Beurteilung einmal von „oben“ und einmal von „unten“ aus erfolgt. Um die an sich schon stark zersplitterte verkehrserforderliche Sorgfalt nach Personen- und Verkehrskreisen nicht noch mehr zu vertiefen, sollte m.E. von der Bildung weiterer Untergruppen abgesehen werden.

Mit den soeben angesprochenen Fähigkeiten der einzelnen Gruppen steht auch die Rechtsfigur des Übernahmeverschuldens in Zusammenhang. Als Zugehöriger zu der Gruppe der Senioren ist z.B. im Straßenverkehr ein geringerer Sorgfaltsmaßstab anzulegen als bei einem Vertreter der Gruppe der 19- bis 49jährigen. Dennoch kann alleine ein auf dem Alter beruhendes Defizit nicht entlastend wirken, wenn ein Senior dadurch einen Verkehrsunfall verursacht.

Angehörige dieser Gruppe müssen sich bei Vornahme einer Handlung bewusst sein, dass sie aufgrund ihrer altersbedingten eingeschränkten Leistungsfähigkeit möglicherweise Hilfe in Anspruch nehmen oder das beabsichtigte Verhalten sogar unterlassen müssen. Tun sie dies nicht, müssen sie sich den Vorwurf der vorverlagerten Fahrlässigkeit bzw. ein Übernahmeverschulden gefallen lassen und für die Konsequenzen aus ihrem Handeln gerade stehen.⁶¹⁸ Bei der Rechtsfigur des Übernahmeverschuldens handelt es sich nicht um eine Art Garantiehftung, sondern um ein schuldhaftes pflichtwidriges Verhalten, das auch im Vertragsbereich gilt.⁶¹⁹ Übernimmt der Schuldner eine Verpflichtung, die zu erfüllen er nicht in der Lage ist, haftet er für die Übernahme und die daraus entstehenden Schäden, mag zum Zeitpunkt der Schädigung auch kein Verschulden vorliegen.⁶²⁰

⁶¹⁸ Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 88; MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 84; Erman¹⁰/Battes, § 276 Rdnr. 23; BGH NJW 1958, 1092; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 58.

⁶¹⁹ Löwisch AcP 165, S.434.

⁶²⁰ Löwisch AcP 165, S. 434.

Im Vertragsbereich lehnt U. Huber die Anwendung des Übernahmeverschuldens ab, da hier der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gelte.⁶²¹ Wird eine vertraglich versprochene Leistung nicht erbracht, haftet der Schuldner, auch wenn er die notwendigen Fähigkeiten für das Versprochene nicht hatte.⁶²² U. Huber will es nicht darauf ankommen lassen, dass der Schuldner zu dumm oder klug genug war, bei Vertragschluss seine Fähigkeiten und Risiken richtig einzuschätzen.⁶²³ Nach bisheriger Rechtslage mag dies ein entscheidender Einwand gewesen sein. Nach dem neuen § 280 I 2 BGB mit der darin beinhalteten Verschuldensvermutung wird diesem Argument die Schlagkraft genommen. Die Erschütterung der Vermutung wird dem Schuldner in dieser Hinsicht kaum substantiiert gelingen. Auf diesen Umstand ist jedoch später intensiver einzugehen, weshalb es hier bei der Andeutung bleiben soll.

Maßgeblich ist jedoch nicht der ideale Vertreter des Verkehrskreises, im Gegensatz zur rein objektiv und optimal zu bestimmenden Pflichtverletzung⁶²⁴, oder der Altersgruppe, sondern eben der „Durchschnitt“⁶²⁵, weshalb darunter nicht das Höchstmaß an Sorgfalt, sondern nur das erforderliche gemeint ist. Soweit im Rahmen der Rechtswidrigkeit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu prüfen ist, ist sie nach der h.M. als ein Höchstmaß zu verstehen. Soweit diese Prüfung aber bereits Gegenstand der Rechtswidrigkeit ist, muss innerhalb der Schuldebene ein anderer, weniger strenger Maßstab gelten.⁶²⁶

Mit der Formulierung der Erforderlichkeit ist zudem festgehalten, dass nicht jede im Verkehr übliche Verhaltensweise als Vergleich heranzuziehen ist, sondern eine erforderliche, worin ein strengerer Maßstab zu se-

⁶²¹ U. Huber, in FS für E.R. Huber, S. 287.

⁶²² U. Huber, in FS für E.R. Huber, S. 287.

⁶²³ U. Huber, in FS für E.R. Huber, S. 287.

⁶²⁴ Siehe S. 130 f.

⁶²⁵ Dazu MünchKomm²/Hanau, Bd. 2, § 276 Rdnr. 79; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 29.

⁶²⁶ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 267, 270.

hen ist.⁶²⁷ Es soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass nicht jede in der Praxis eingerissene und daher „verkehrsübliche“ Schluderei oder Nachlässigkeit entschuldigend wirken kann.⁶²⁸

Die übliche Vorgehensweise innerhalb des jeweiligen Verkehrskreises ist zwar bei der Beurteilung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu berücksichtigen⁶²⁹, für die letztlich aber vom Gericht zu treffende normative Entscheidung nicht bindend.⁶³⁰

Die Beurteilung des Verhaltens des Schädigers wird in zwei abgestuften Richtungen vorgenommen. Zunächst wird der Verkehrskreis festgelegt, dem der Täter angehört, wie z.B. den der Anwälte. Der Anwalt hat so zu handeln, wie es normalerweise von einem gewissenhaften und erfahrenen Angehörigen dieses Verkehrskreises nach der gegebenen Sachlage an Umsicht und Sorgfalt zu erwarten ist.⁶³¹

Die weitere Einschränkung findet durch die Privilegierung bestimmter Personengruppen statt, nämlich bei Jugendlichen, Behinderten und älteren Menschen.⁶³² Diese Kategorie soll wegen fehlender Aktualität für diese Untersuchung ausgenommen bleiben.

Die Methodik der Einteilung in Verkehrskreise wird noch dadurch verfeinert, dass an diese wiederum ein gruppenspezifischer Maßstab angelegt wird.⁶³³ Im Bereich der Anwaltschaft hat die Einführung der Fachanwaltsbezeichnung zu einem erhöhten gruppenspezifischen Sorgfaltsmaßstab im Rahmen des jeweiligen Spezialgebiets, wie z.B. des Fachanwalts für Arbeitsrecht, geführt.

⁶²⁷ Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 308; Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 378.

⁶²⁸ Vgl. Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 20.

⁶²⁹ BGH NJW 1965, S. 426.

⁶³⁰ BGH NJW 1961, S. 1523.

⁶³¹ So z.B. BGH VersR 1967, S. 705.

⁶³² Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 310.

⁶³³ Vollkommer, Anwaltschaftsrecht, Rdnr. 288.

(iii) Objektivierter Fahrlässigkeitsmaßstab und individuelle Vorwerfbarkeit

Die „Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs“⁶³⁴ ist an sich aber kein so schlagendes Argument, dass von einem von individuellen Gegebenheiten losgelösten Fahrlässigkeitsbegriff ausgegangen werden müsste. U. Huber hat festgestellt, dass sich Gerichtsentscheidungen, in welchen die Anlegung eines objektivierten oder eines subjektiven Sorgfaltsmaßstabes zu einem anderen Ergebnis führen, kaum auffinden lassen.⁶³⁵

Auch Larenz hat erkannt, dass *„in der Masse der Fälle, in denen der Fahrlässigkeitsvorwurf nach dem objektiven Maßstab begründet ist, [...] er auch im Hinblick auf den individuellen Täter begründet sein (wird); insoweit bleibt es bei dem Verschuldensgrundsatz.“*⁶³⁶

Larenz zieht m.E. aus dieser Erkenntnis jedoch den falschen Schluss:

*„In den wenigen Fällen, in denen das nicht der Fall ist, führt die Anwendung des objektiven und typisierten Verschuldensmaßstabes in der Tat zu einer Risikohaftung, und zwar für den Mangel der eigenen Leistungsfähigkeit. Das ist gleichsam der Preis, den das Zivilrecht für die grundsätzliche Anerkennung des Verschuldensprinzips zahlt.“*⁶³⁷

In den Fällen, in welchen die Anwendung des subjektiven Verschuldensbegriffes zu keiner Haftung führt, muss der Geschädigte – nicht der Schädiger – den Preis für die Verschuldenshaftung des Zivilrechts bezahlen. Eben weil sich der Gesetzgeber für eine Verschuldenshaftung ent-

⁶³⁴ So Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 309 als Argument für einen objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff; BGH NJW 2001, S. 1786; Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 309; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 55; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 276 Rdnr. 10.

⁶³⁵ U. Huber in FS E.R. Huber, S. 255.

⁶³⁶ Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 265.

⁶³⁷ Larenz¹³, Schuldrecht I, S. 265.

schieden hat, muss der Rechtsanwender gelegentliche Härten im Einzelfall und die Entscheidung des Gesetzgebers akzeptieren.

Die Rechtsfigur des Übernahmeverschuldens ist völlig ausreichend, um dem Schutz und der Leichtigkeit des Rechtsverkehrs Rechnung zu tragen. Der Fahrlässigkeitsvorwurf ist nicht an die Vornahme der konkreten Handlung im exakt bestimmten Handlungszeitraum geknüpft. Vielmehr ist es möglich, dem Täter den Vorwurf aus einem dem Ereignis vorausgehenden Verhalten zu machen⁶³⁸. Es erfolgt eine Vorverlagerung des Verschuldensvorwurfes in der Art, dass dem Täter zwar die konkrete Handlung an sich nicht als schuldhaft vorgeworfen werden kann, wohl aber die Tatsache, dass er gehandelt hat, ohne dazu die notwendigen Fähigkeiten gehabt zu haben.

Als Beispiel sei die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2003 angeführt:

Ein Rechtsanwalt, der auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts wenig tätig und daher nur beschränkt bewandert war, sah von einer Nichtzulassungsbeschwerde zum BVerwG ab, obwohl diese aussichtsreich war. Der Mandant wollte sämtliche Rechtsmittel ausschöpfen und nahm den Anwalt für den Schaden aus dem verlorenen Prozess wegen Nichtdurchführung der aussichtsreichen Nichtzulassungsbeschwerde in Haftung. Im Regressprozess gab der Anwalt zu, sich im Verwaltungsrecht nicht ausreichend auszukennen.⁶³⁹

Der BGH stellte die Fahrlässigkeit der Pflichtverletzung mit folgender Begründung fest:

„Die Ausführungen des Bekl. zu 3) zu den fehlenden Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerde beruhen schon deshalb auf Fahrlässigkeit, weil er sich nach seinen Angaben mit diesem Rechtsbehelf nicht

⁶³⁸ BGH NJW 1988, S. 909; Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 14; MünchKomm⁴/Grundmann, § 276 Rdnr. 58; AnwaltKomm/Dauner-Lieb, § 276 Rdnr. 9.

⁶³⁹ Entscheidung des BGH vom 27.03.2003, Az. IX ZR 399/99; bisher nicht veröffentlicht.

*auskannte. Bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Berufungsgericht am 1. Oktober 1999 hat er eingeräumt, dass die Sache für ihn „etwas heikel“ gewesen sei, weil er eine Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesverwaltungsgericht noch „nicht gemacht hatte“.*⁶⁴⁰

Zum selben Ergebnis kommt man auch über einen subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff mit der Rechtsfigur des Übernahmeverschuldens. Auch wenn dem Anwalt persönlich nicht vorgeworfen werden kann, dass er die Nichtzulassungsbeschwerde nicht beherrschte, so ist ihm dennoch zur Last zu legen, dass er in dieser Situation lediglich von einer solchen abriet, anstatt einen kompetenten Kollegen zu Rate zu ziehen oder an einen solchen zu verweisen. Die Erkenntnis dieser Notwendigkeit lag beim Beklagten unzweifelhaft vor – da er die Beratung über das weitere Vorgehen übernommen hat –, so dass er auch nach diesem Verschuldensbegriff haftet.

Als eines der wichtigsten Argumenten gegen einen subjektiven Fehlerbegriff wird angeführt, dieser führe dazu, dass individuelle Unfähigkeit und Unvermögen zu einer dem Rechtsverkehr unzumutbaren Entschuldigung und damit zur Nichthaftung führen⁶⁴¹. Der Grund ist ohne Zweifel richtig und anzuerkennen, die Folgerung dagegen nicht.

Auch bei Annahme eines subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffes, der die individuellen Gegebenheiten des Einzelnen berücksichtigt, führt ein bloßes Unvermögen oder eine individuell verminderte Leistungsfähigkeit nicht zur Nichthaftung. Vielmehr ist dem einzelnen der Vorwurf zu machen, trotz seiner persönlichen Defizite gehandelt zu haben. Dies soll an folgenden Beispielen erörtert werden:

⁶⁴⁰ Entscheidung des BGH vom 27.03.2003, Az. IX ZR 399/99; bisher nicht veröffentlicht.

⁶⁴¹ Vgl. nur Larenz¹³, Schuldrecht I, § 20 III; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 276 Rdnr. 10; MünchKomm²/Hanau, § 276 Rdnr. 90 ff; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 15; Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 309.

Ein Anwalt, der seit Jahrzehnten kein Arbeitsrecht mehr bearbeitet, begleitet für ein großes Unternehmen die Übernahme eines anderen Betriebes. Dabei übersieht er § 613a BGB und die mittlerweile umfangreiche Rechtsprechung, insbesondere des EuGH, was zu einer Übernahme der gesamten Belegschaft des Betriebes führt. Von der Entwicklung des § 613a BGB, insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH, konnte er keine Ahnung haben, da er wegen der sozietätsinternen Absprache nur noch Verwaltungsrechtsmandate bearbeitete. Nach dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff haftet er ohne weiteres. Auch bei Zugrundelegung einer subjektiven Fahrlässigkeit haftet er, da ihm die Übernahme des Mandats vorwerfbar ist. Zwar konnte er von der Entwicklung der Rechtsprechung in den letzten Jahren im Arbeitsrecht nichts wissen, er wusste aber bei der Annahme des Auftrags, dass er auf diesem Rechtsgebiet ein zu mangelhaftes Wissen hatte, um das Mandat sachgerecht bearbeiten zu können. Dies ist der Fahrlässigkeitsvorwurf, der in diesem Fall vorverlagert auf die Übernahme gemacht werden kann.

Medicus führt an, in gewissen Fällen könne das Übernahmeverschulden nicht zu einem akzeptablen Ergebnis führen. Dies sei dann der Fall, wenn der Schuldner nicht erkennen konnte, dass die übernommene Tätigkeit bestimmte Fähigkeiten erforderte oder er auch keine Einsicht in seine Schwächen hatte.⁶⁴²

Als Beispiel nennt er eine Entscheidung des BGH zu Haftung einer Assistenzärztin zu Beginn ihrer Facharztausbildung für eine fehlerhafte Behandlung.⁶⁴³ Darin führt der BGH aus: *"Selbst wenn wegen der Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht der Drittbekl. nicht auf den allgemeinen zu fordernden Standard einer fachärztlichen Behandlung, sondern [...] auf die von ihr als Berufsanfängerin vorauszusetzenden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen abzustellen sein sollte, trifft die Drittbekl. ein Verschulden an den ihr anzulastenden ärztlichen Versäumnis-*

⁶⁴² Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 309; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 276 Rdnr. 10 stellt dazu richtigerweise fest, dass dieses Problem im Vertragsbereich weniger relevant ist.

⁶⁴³ BGH NJW 1988, S. 2298 ff.

sen. Es lag auch für eine Berufsanfängerin auf der Hand, dass sie es nicht bei den erörterten Unklarheiten belassen durfte, sondern dass weitere diagnostische Aufklärung dringend erforderlich war, zumal der Verdacht auf eine schwere und lebensbedrohende Erkrankung bestand, über die die Drittbekl. übrigens, weil ihr die weitgehende eigenverantwortliche Betreuung des Patienten überlassen worden war, sich unverzüglich weiter hätte informieren müssen. Solange ihr dazu Wissen und Erfahrung fehlten, war sie, was sie hätte erkennen können und müssen, zur alleinigen Entscheidung über die Behandlungsmaßnahmen, wozu auch das Abwarten trotz des durchaus fragwürdigen Laborbefundes gehörte, nicht in der Lage. Gerade von einem Berufsanfänger muss erwartet werden, dass er gegenüber seinen Fähigkeiten besonders selbstkritisch und sich der u.U. lebensbedrohenden Gefahren für seinen Patienten bewusst ist, [...]“⁶⁴⁴

Dieses Urteil ist aber nicht geeignet, die Leistungsfähigkeit der Rechtsfigur der vorverlagerten Fahrlässigkeit zu widerlegen. Der Schuldner muss seine Aufmerksamkeit höchstmöglich anspannen und in stets selbstkritischer Weise seine Fähigkeiten überprüfen. In den allermeisten Fällen wird dies dann auch dazu führen, dass der Schuldner - wie in obigem Beispiel - nicht alle seine subjektiven Fähigkeiten eingesetzt hat und deshalb auch schuldhaft handelte.

Die Fähigkeit zur Selbstreflektion dürfte in der überwiegenden Anzahl der Fälle beim Schuldner gegeben sein, so dass er sich den vorverlagerten Fahrlässigkeitsvorwurf machen lassen muss. Ansonsten wird ein pathologischer Zustand gegeben sein, der unter die §§ 827, 828 BGB fällt, für die ohnehin nicht gehaftet wird.

Sollte tatsächlich eine der ganz großen Ausnahmen vorliegen, für deren Existenz der Autor bisher keine Anhaltspunkte gewinnen konnte, bei welcher der subjektive Fahrlässigkeitsbegriff nicht zu einem befriedigenden Ergebnis gelangt, muss folgender Gesichtspunkt beachtet werden:

⁶⁴⁴ BGH NJW 1988, S. 2299, 2230.

Der Gesetzgeber hat als Haftungsgrundlage das Verschulden gesetzt. Dabei ist er frei und bindet durch seinen Willen die Exekutive und die Judikative. Führt nun das fehlende Verschulden in einem Ausnahmefall zu einer Härte, haben dies die Rechtsanwender zu akzeptieren und die Konsequenzen zu ziehen, so hart das Resultat für den Betroffenen auch sein mag⁶⁴⁵.

Gerade die Anwalts- und die Arzthaftung sind die Felder, auf welchen der objektivierte Fehlerbegriff als unabdingbar angesehen wird, um die Sicherheit des Verkehrs zu schützen⁶⁴⁶. Innerhalb der Rechtsgemeinschaft trägt aber jeder einzelne die Gefahren, deren er sich selbst aussetzt. Im Rahmen einer Demokratie, die sich der sozialen Marktwirtschaft verschrieben hat, muss der Einzelne grundsätzlich die Risiken des Teilnehmens am Markt und der Rechtsgemeinschaft selbst tragen. Im deutschen Zivilrecht ist die Vertragsfreiheit, normiert in § 305 BGB a.F., eine der drei Grundsäulen der Privatautonomie. *„Die Privatautonomie ist Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen und wird zumindest in ihrem Kern durch Art. 1 und 2 GG geschützt.“*⁶⁴⁷

Wie so oft korrespondiert aber mit dem gewährten Recht eine Pflicht, nämlich die, die Konsequenzen seines eigenen Handelns zu tragen. Es kann und darf nicht Aufgabe des Staates sein, den Bürger vor jeglicher negativer Konsequenz seines Handelns zu bewahren. Daher muss der geringe Rest an Risiko, der bei Anwendung des subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffes beim einzelnen verbleibt, auch von diesem getragen werden.

Wollte der Gesetzgeber ein derartiges Restrisiko auch noch ausschalten, hat er die Möglichkeit, insgesamt eine allgemeine Gefährdungshaftung einzuführen. Solange er dies aber nicht getan hat und an der Verschuldenshaftung festhält, ist es auch der Judikative versagt, durch die

⁶⁴⁵ Im Ergebnis ebenso Brodmann AcP 99, S. 384, 385, der das subjektive Element allerdings in der „Sorgfalt“ erkennt.

⁶⁴⁶ Medicus¹⁰, Schuldrecht I, Rdnr. 309; Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 20.

⁶⁴⁷ Palandt⁵⁹/Heinrichs, Überbl. Vor § 104 Rdnr. 1.

Zugrundelegung eines objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffes an diesem Prinzip Veränderungen vorzunehmen.

Unter Berücksichtigung der soeben angeführten Argumente wird von einem Teil der Lehre ebenfalls ein subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff vertreten bzw. die Notwendigkeit der Prüfungsstufe „Verschulden“ ganz verneint. Zur Abrundung der eigenen Untersuchung sollen diese Ansichten im Folgenden dargestellt werden.

(iv) Die verkehrserforderliche Sorgfalt als Definition der Rechtswidrigkeit

Einen ganz entscheidenden Einfluss auf diese Arbeit haben die Ausführungen von Nipperdey⁶⁴⁸ gehabt, der ebenfalls einen subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff vertritt.

Für Nipperdey ist der entscheidende Ausgangsgedanke, dass sowohl die Rechtswidrigkeit als auch die Schuld Werturteile darstellen. Der Unterschied ist jedoch der, dass erstere das Unwerturteil der Rechtsordnung darstellt, während letztere über die persönliche Vorwerfbarkeit urteilt.⁶⁴⁹

Nipperdey ist ein überzeugter Vertreter des Handlungsunrechts, da nur dieses als Anknüpfungspunkt für ein in sich schlüssiges Konzept in Betracht kommt.⁶⁵⁰ Als Beispiel führt er an, dass es eine Vielzahl von Haftungsnormen gibt, die notwendig eine Handlung voraussetzen, um die Rechtswidrigkeit zu begründen, wie z.B. die §§ 826, 123, 226, 292, 443, 463, 523, 540, 600, 637, 818 IV, 819 BGB.⁶⁵¹ Er hält die Lehre vom Erfolgsunwert insgesamt für unbrauchbar, da dieser in den Fällen des Unterlassens, der Fahrlässigkeit sowie für rechtlich erlaubte gefährliche Tä-

⁶⁴⁸ Enneccerus/Nipperdey, S. 1277 ff.

⁶⁴⁹ Enneccerus/Nipperdey, S. 1278.

⁶⁵⁰ Enneccerus/Nipperdey, S. 1280.

⁶⁵¹ Enneccerus/Nipperdey, S. 1281.

tigkeiten versagt.⁶⁵² Zur Fahrlässigkeit führt Nipperdey aus, dass in der Strafrechtsdogmatik richtig erkannt wurde, dass die Nichteinhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kein Element der Schuld ist.⁶⁵³ Zudem ist mit dieser Feststellung auch noch nicht klar, dass dem Täter das Verhalten auch vorwerfbar ist, was aber der wesentliche Inhalt der Schuld mithin der Fahrlässigkeit sein muss.⁶⁵⁴ Um mit Nipperdeys eigenen Worten zu sprechen:

*„Mit der positiven Beantwortung der Frage nach der Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht wird nur der Vorwurf begründet, ‚man‘ hätte anders handeln sollen. Das aber ist ein Rechtswidrigkeitsurteil, weil damit nur die (objektive) Pflichtwidrigkeit der Handlung festgestellt wird.“*⁶⁵⁵

Weiterhin weist Nipperdey zurecht darauf hin, dass die äußerste Grenze der möglichen Sorgfaltsanforderung aus dem Wesen der Verhaltensnorm zu gewinnen ist. Die gestellten Anforderungen müssen erfüllbar sein, da von niemandem etwas Unmögliches verlangt werden kann.⁶⁵⁶ Zudem ist Folgendes zu beachten:

*„Die Anforderungen des Rechts als einer Ordnung des Gemeinschaftslebens können aber auch nicht allein an dieser obersten Grenze orientiert werden. Sie würde zwar dem Güterschutzgedanken in größtmöglichem Maße Rechnung tragen, aber dem sozialen Verkehr und der Persönlichkeitsentfaltung unerträgliche Schranken auferlegen. Wenn der Mensch alle Handlungen unterlassen müsste, deren mögliche Folge eine Rechtsgüterverletzung sein könnte, so wäre er nahezu zur Untätigkeit verurteilt; der Wert des Güterschutzes wäre dadurch aber auch in sich aufgehoben, weil die Möglichkeit der Güternutzung im gleichen Maße eingeschränkt würde.“*⁶⁵⁷

⁶⁵² Enneccerus/Nipperdey, S. 1281.

⁶⁵³ Enneccerus/Nipperdey, S. 1282.

⁶⁵⁴ Enneccerus/Nipperdey, S. 1282.

⁶⁵⁵ Enneccerus/Nipperdey, S. 1282.

⁶⁵⁶ Enneccerus/Nipperdey, S. 1295.

⁶⁵⁷ Enneccerus/Nipperdey, S. 1295.

Mit diesen Ausführungen fasst Nipperdey die bereits oben dargestellten widerstreitenden Interessen im Rechtsverkehr anschaulich und eindrucksvoll zusammen. Im sozialen Zusammenleben treffen die in der Natur der Sache liegenden unterschiedlichen Interessen von Vertragsparteien aufeinander: zum einen der Güterschutz, verbunden mit der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, zum anderen das Bedürfnis jeden Individuums, die Folgen seiner Handlungen vorherzusehen und nicht bei der Wahrnehmung seiner durch Art. 2 I GG geschützten Freiheit eine Haftung befürchten zu müssen. Die Aufgabe des Rechts kann und darf es nicht sein, die Abwägung der grundrechtlichen Freiheiten aus Art. 2 I, 12, 14 GG einseitig zugunsten des Verkehrs zu verschieben. Die Rechte des Individuums müssen ebenfalls ausreichend berücksichtigt werden. Die Sorgfaltsanforderungen müssen derart bestimmt werden, dass sie sich noch an den allgemeinen natürlichen Unzulänglichkeiten des menschlichen Wesens orientieren und nicht zu einer rein abstrakten, den Verkehrsinteressen dienenden Fiktion verkommen.

Nipperdey umschreibt dies so:

„Unvorsätzliche Rechtsgutsverletzungen sind daher nur rechtswidrig, wenn die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ außer acht gelassen, d.h. (objektiv) fahrlässig gehandelt worden ist.“⁶⁵⁸

Dieser Formulierung ist m.E. allerdings nur insoweit zuzustimmen, als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt als Maßstab für die Rechtswidrigkeit herangezogen wird. Die Annahme einer objektiven Fahrlässigkeit sollte begrifflich vermieden werden, da sonst wieder Abgrenzungsprobleme zwischen (objektiver) Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit entstehen.

Für Nipperdey ist entscheidend, zwischen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (er nennt es objektive Fahrlässigkeit) und der subjektiven Komponente der persönlichen Vorwerfbarkeit zu unterscheiden.⁶⁵⁹ Dabei geht

⁶⁵⁸ Enneccerus/Nipperdey, S. 1295.

⁶⁵⁹ Enneccerus/Nipperdey, S. 1310; so auch Löwisch, AcP 165, S. 426.

er von einem normativen Verschuldensbegriff aus, wonach sich nach seiner Ansicht Verschulden folgendermaßen definiert:

„Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich nicht rechtmäßig verhalten, sondern für das Unrecht entschieden habe, obschon er sich habe rechtmäßig verhalten und sich für Recht entscheiden können. Schuld setzt also eine rechtswidrige Handlung voraus, die dem Täter deshalb persönlich vorgeworfen wird, weil sie auf seiner pflichtwidrigen Motivation beruht. Verschulden ist danach persönliche Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung“⁶⁶⁰

Dem ist ohne Einschränkung zuzustimmen. Das Verschulden bedeutet die Vorwerfbarkeit einer gegen die Ge- und Verbotsnormen der Rechtsordnung verstoßenden Handlung⁶⁶¹. In Bezug auf die Formulierung des § 276 I 2 BGB a.F. ist dies nur die „Außerachtlassung“, nicht aber „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“. Zweitere ist lediglich Bezugspunkt, nicht aber Inhalt des Verschuldens.

„Für die „Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ (§ 276 I 2) ist es offensichtlich, dass sie nicht Schulselement sein kann. Aus ihr kann ein persönlicher Vorwurf gegen den Täter nicht abgeleitet werden, weil sie lediglich die Normwidrigkeit der Handlung feststellt, nicht aber den Täter selbst in die Beurteilung einbezieht.“⁶⁶²

Auch Esser/Schmidt vertreten die Ansicht, dass mit der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ nicht die Fahrlässigkeit, sondern die Rechtswidrigkeit definiert ist.⁶⁶³ Schmidt erkennt in dieser Definition „einen objektiven Pflichtenmaßstab“⁶⁶⁴, der in der zivilrechtlichen Verhaltenshaftung den Rechtswidrigkeitsmaßstab festlegt.⁶⁶⁵ Daraus zieht er den Schluss: „Lässt

⁶⁶⁰ Enneccerus/Nipperdey, S. 1319.

⁶⁶¹ Vgl. auch Löwisch, AcP 165, S. 426.

⁶⁶² Enneccerus/Nipperdey, S. 1320.

⁶⁶³ Esser/Schmidt⁷, § 25 IV, S. 66.

⁶⁶⁴ Esser/Schmidt⁷, § 25 IV, S. 66.

⁶⁶⁵ Esser/Schmidt⁷, § 25 IV, S. 66.

*sich im Verhalten des Schuldners, das zu einer Leistungsstörung oder Schutzpflichtverletzung geführt hat, oder einer beliebigen Person, die in den Interessenkreis einer Dritten eingebrochen ist, ein Sorgfaltsverstoß ausmachen, so steht damit grundsätzlich die Rechtswidrigkeit fest.*⁶⁶⁶

Bis hierher besteht in der Ansicht Schmidts Einigkeit mit der Nipperdeys und des Autors. Allerdings geht Schmidt darüber hinaus, indem er aus diesen Ergebnissen den Schluss zieht, ein dreistufiger Aufbau sei obsolet und die Schuldstufe könne entfallen.⁶⁶⁷ Für Schmidt wird die Schuldstufe von der h.M. nur deshalb geprüft, weil nach dieser die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ein Bestandteil der Schuld ist und diese Prüfung notwendig vorgenommen werden muss; ein weiterer Grund besteht für ihn nicht⁶⁶⁸. Schmidt ist der Meinung, die zivilrechtliche Verschuldenshaftung entbehre nach dem Willen des Gesetzgebers jeder subjektiven Komponente⁶⁶⁹, weshalb die Praktizierung eines zwei- oder dreistufigen Aufbaus lediglich eine müßige dogmatische Diskussion sei.⁶⁷⁰ Schmidt wirft den Vertretern eines individuellen Verschuldensmaßstabes vor, die Ausrichtung der zivilrechtlichen Regelungen zu verkennen.

„Sie verkennen überdies die gegenüber dem Strafrecht veränderte Funktion des zivilistischen Fahrlässigkeitsurteils. Steht dort die Sanktionswürdigkeit individuellen Fehlverhaltens zur Debatte, weshalb die subjektive Vorwerfbarkeit unverzichtbare Strafbarkeitsvoraussetzung ist, so zielt solcher Vorhalt an den für das Zivilrecht maßgebenden Bedürfnissen des

⁶⁶⁶ Esser/Schmidt⁷, § 25 IV, S. 67.

⁶⁶⁷ Esser/Schmidt⁷, § 25 V, S. 70.

⁶⁶⁸ Esser/Schmidt⁷, § 25 V, S. 70.

⁶⁶⁹ So wohl auch Löwisch AcP 165, S. 427, der dies allerdings dahingehend relativiert, dass der Gesetzgeber durch die objektive Fahrlässigkeit das menschliche Verhalten werte, gleichzeitig aber festhält, dass sich die objektive Fahrlässigkeit als „*eigenartige Verschränkung subjektiver Zurechnung und objektiver Einstandspflicht*“ enthält. Im übrigen tendiert Löwisch ebenfalls dazu, in der verkehrserforderlichen Sorgfalt ein wesentliches Element der Rechtswidrigkeit zu sehen (AcP 165, S. 429, 435).

⁶⁷⁰ Esser/Schmidt⁷, § 25 V, S. 70.

*rechtsgeschäftlichen und allgemeinen Verkehrs vorbei, dessen Erwartungen und Risiken ‚nivelliert‘ werden müssen, um kalkulierbar i.w.S. zu sein sowie zwischen Schutzinteressen einerseits und Entfaltungsinteresse andererseits vermitteln zu können.*⁶⁷¹

Diese Ansicht von Schmidt geht zu weit und ist nicht akzeptabel. Er verneint die Verschuldenshaftung im Zivilrecht und begründet eine allgemeine Gefährdungshaftung, die dem Gesetz nicht zu entnehmen ist. Bereits der Wortlaut des § 276 BGB lässt dies in der gesetzlichen Überschrift nicht zu: „Haftung für eigenes Verschulden“! In § 276 BGB kommt der Wille des Gesetzgebers für die Verschuldenshaftung eindeutig zum Ausdruck.⁶⁷² Schmidt übersieht auch die gesetzgeberische Wertung in den §§ 827, 828 BGB, indem er diesen eine reine Zurechnungsregelung entnimmt, die mit Verschulden nichts zu tun hat.⁶⁷³

Zudem ist das Argument, der Gesetzgeber habe 1896 einen objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff gewollt, nicht haltbar. In den Protokollen findet sich der Antrag, dass zu § 224 „Umfang der Verpflichtung“ ein Satz 2 anzufügen sei mit dem Inhalt: *„Als fahrlässig ist ein der Verbindlichkeit widerstrebendes Verhalten nicht anzusehen, wenn derselbe in Folge entschuldbarem Irrthums seine Verbindlichkeit nicht kannte (oder: Als fahrlässiges Unterbleiben der Erfüllung ist es nicht anzusehen, wenn der Schuldner u.)“*⁶⁷⁴ Dieser Antrag wurde wie folgt abgelehnt: *„Den im Antrage 3 vorgeschlagenen Zusatz hielt man, soweit er richtig ist, für selbstverständlich.“*⁶⁷⁵

Die Unkenntnis ist aber ein rein subjektives Element, das nicht verallgemeinert oder objektiviert werden kann. Der Gesetzgeber hielt also auch im Zusammenhang mit der Fahrlässigkeit eine Berücksichtigung subjektiver Umstände für selbstverständlich.

⁶⁷¹ Esser/Schmidt⁷, § 25 V, S. 71.

⁶⁷² Vgl. statt vieler Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 3.

⁶⁷³ Esser/Schmidt⁷, § 25 V, S. 73.

⁶⁷⁴ Mugdan, Materialien, Bd. 2, Protokolle, S. 521.

⁶⁷⁵ Mugdan, Materialien, Bd. 2, Protokolle, S. 522.

Dabei ignoriert er aber, dass eine Haftung trotz der Voraussetzungen des § 827 BGB dennoch gegeben ist, wenn der Täter den verantwortlickeitsausschließenden Zustand selbst herbeigeführt hat, „wie wenn ihm Fahrlässigkeit zu last fiele“ (§ 827 S. 2 HS. 1 BGB); „ist er ohne sein Verschulden in diesen Zustand geraten, entfällt die Verantwortlichkeit wieder“ (§ 827 S. 2 HS 2 BGB). Das Gesetz stellt also auch hier unmissverständlich auf die grundlegende Verschuldenshaftung ab, so dass die Ansicht Schmidts nicht haltbar ist.

(v) Die Prüfung der Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit sowie deren Inhalt und Funktion anhand der Methoden der Rechtsanwendung und -auslegung

Abschließend ist noch zu untersuchen, ob nicht die Grundregeln der Gesetzesauslegung und -anwendung dagegen sprechen, die Rechtswidrigkeit als „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ zu definieren und den Begriff der Fahrlässigkeit entgegen der h.M. auf eine rein subjektive Zurechnungsnorm des Verschuldens zu reduzieren.

Die sprachliche Akkuratessse des Gesetzes ist naturbedingt eingeschränkt. Dies ist deshalb der Fall, weil sich der Gesetzgeber weithin der Umgangssprache bedient⁶⁷⁶, die sich von der mathematisierten Logik und der Wissenschaftssprache unterscheidet.⁶⁷⁷

Daher beinhaltet das BGB ein Vielzahl von Begriffen, die entweder nicht oder nur sehr unzureichend definiert sind. Für die vorliegende Untersuchung gewinnt die Anmerkung von Larenz besondere Bedeutung:

„Viele und gerade die wichtigsten Rechtsbegriffe, wie etwas „Rechtsgeschäft“, „Anspruch“, „rechtswidrig“ sind im Gesetz nicht definiert; andere

⁶⁷⁶ Larenz³, Methodenlehre, S. 298.

⁶⁷⁷ Larenz³, Methodenlehre, S. 298.

gesetzliche Definitionen, wie die der „Fahrlässigkeit“ in § 276 BGB, erweisen sich als unvollständig oder mehrdeutig.“⁶⁷⁸

Bei der juristischen Auslegung ist der Gesetzestext notwendige Grundlage als „Träger des in ihm niedergelegten Sinnes, um dessen Verständnis es in der Auslegung geht.“⁶⁷⁹

Fraglich ist jedoch, was der Sinn der Auslegung sein muss. Ist es der, den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln und ihm Geltung zu verschaffen, oder muss es Ziel der Auslegung sein, dem objektiven normativen Gesetzessinn Geltung zu verschaffen?

Auch dies ist eine umstrittene Frage. Nach der subjektiven Theorie⁶⁸⁰ ist der Wille des Gesetzgebers zur erforschen und der Auslegung zugrunde zu legen, wohingegen die objektive Theorie den dem Gesetz selbst inwohnenden Sinn für maßgeblich hält.⁶⁸¹ Die Anhänger⁶⁸² der objektiven Theorie sind der Meinung, dass ein Rechtssatz, einmal erlassen, eine Eigendynamik entwickelt, die unabhängig vom Willen des Gesetzgebers ist. Entscheidend ist die gesetzesimmanente Bedeutung, die sich vom ursprünglichen Gesetzgeberwillen lösen und verselbständigen kann.⁶⁸³ Diese Verselbständigung beruht nicht zuletzt darauf, dass sich die Zeiten und Umstände ändern und entwickeln und dadurch eine Wendung erlangen, die der Gesetzgeber nicht vorhersehen konnte.⁶⁸⁴

Larenz nimmt eine vermittelnde Position ein, indem er sowohl einige Aspekte der subjektiven als auch der objektiven Lehre als notwendig aner-

⁶⁷⁸ Larenz³, Methodenlehre, S. 298.

⁶⁷⁹ Larenz³, Methodenlehre, S. 299.

⁶⁸⁰ Vor allem Windscheid, S. 51; siehe auch Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 617.

⁶⁸¹ Larenz³, Methodenlehre, S. 302; Deutsch JZ 2002, S. 290.

⁶⁸² Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 450 ff; Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1, S. 254 ff.

⁶⁸³ Larenz³, Methodenlehre, S. 35.

⁶⁸⁴ So ähnlich auch Kohler, S. 19.

kennt. An der subjektiven Theorie sei richtig, dass das Gesetz von Menschen für Menschen gemacht sei und nicht ein Naturgesetz darstelle.⁶⁸⁵ *„Hinter dem Gesetz steht eine bestimmte Regelungsabsicht, stehen Wertungen, Bestrebungen und sachliche Überlegungen, die in ihm einen mehr oder minder deutlichen Niederschlag gefunden haben.“*⁶⁸⁶ Andererseits enthält nach Larenz die objektive Theorie die Wahrheit, *„dass ein Gesetz, sobald es angewandt wird, eine ihm eigene Wirksamkeit entfaltet, die über das hinausgeht, was der Gesetzgeber beabsichtigt hat. Das Gesetz greift in mannigfache und sich wandelnde Lebensverhältnisse ein, die der Gesetzgeber nicht alle zu übersehen vermochte; es gibt Antwort auf Fragen, die der Gesetzgeber sich noch nicht gestellt hat. Es gewinnt so mit der Länge der Zeit mehr und mehr gleichsam ein eigenes Leben und entfernt sich damit von den Vorstellungen seiner Urheber. Insoweit verhält es sich mit einem Gesetz nicht anders als mit anderen Geisteswerken.“*⁶⁸⁷

Dem ist zuzustimmen. Der Schwerpunkt der Gesetzesauslegung muss im objektiven Bereich liegen. Zwar sind die Leitlinien und Grundgedanken des historischen Gesetzgebers mit zu berücksichtigen. Letztendlich ist aber der dem gesetzlichen Regelungsinhalt immanente Sinn und Zweck des Gesetzes, der nach Schaffung eine eigene Dynamik entwickelt, entscheidend. Insbesondere die Tatsache, dass mit der Schaffung des Grundgesetzes eine Veränderung auch des vorkonstitutionellen Rechts stattgefunden hat (zu denken ist nur an die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte in den §§ 138, 242, 826 BGB), fordert eine Orientierung der Gesetzesauslegung an objektiven Maßstäben.⁶⁸⁸

Bei der Auslegung des Gesetzes werden verschiedene Kriterien der Auslegung angewandt, die als heute allgemein anerkannt bezeichnet werden können; dies sind der Wortlaut des Gesetzes, der Regelungszusammen-

⁶⁸⁵ Larenz³, Methodenlehre, S. 303.

⁶⁸⁶ Larenz³, Methodenlehre, S. 303.

⁶⁸⁷ Larenz³, Methodenlehre, S. 303.

⁶⁸⁸ BVerfGE 1, S. 312; BGHZ 46, S. 74; auch Larenz³, Methodenlehre, S. 305; Coing², Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 316.

hang, der Regelungswille des historischen Gesetzgebers sowie die Teleologie der Regelung.

Wortlaut

Der Wortlaut und auch der Wortsinn der Formulierung „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht lässt“ schließen die obigen Ergebnisse nicht aus. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass diese vermeintliche Definition mehr Fragen eröffnet als klärt. Der Wortlaut lässt sowohl die Interpretation zu, dass Fahrlässigkeit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt umfasst, als auch, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nur Bezugsobjekt ist, die Fahrlässigkeit aber allein in dem außer acht Lassen zum Ausdruck kommt. Somit kann aus dem Wortlaut des Gesetzes keine zwingende Folgerung gezogen werden. Dies eröffnet die Auslegung der Regelung des § 276 I 2 BGB a.F. an den weiteren Kriterien der Gesetzesauslegung, da der Wortlaut des Gesetzes die Grundlage und auch die äußerste Grenze der Auslegung darstellt.⁶⁸⁹

Regelungszusammenhang

Nächstes Untersuchungskriterium der obigen Ansicht ist der Regelungszusammenhang. *„Der Sinn des einzelnen Rechtssatzes erschließt sich zumeist erst dann, wenn man ihn als Teil der Regelung betrachtet, der er angehört.“*⁶⁹⁰

In der ersten Fassung des BGB waren keine Normüberschriften vorhanden.⁶⁹¹ Vor der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 lautete die Überschrift des § 276 „Haftung für eigenes Verschulden“ und nach der SchuMoG „Verantwortlichkeit des Schuldners“. Der Grundsatz ist bis heute, dass für Vorsatz und Fahrlässigkeit immer gehaftet wird. Der § 276 BGB

⁶⁸⁹ BGHZ 46, S. 74; BVerfG 1, S. 312; 10, S. 244.

⁶⁹⁰ Larenz³, Methodenlehre, S. 311.

⁶⁹¹ Siehe die Erstausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches der C.H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung, München 1896.

a.F. war im Gesetz im Zweiten Buch „Recht der Schuldverhältnisse“, Erster Abschnitt „Inhalt der Schuldverhältnisse“ Erster Titel „Verpflichtung zur Leistung“ geregelt. Alleine aus diesem Kontext lässt sich keine nähere Erkenntnis gewinnen; wohl aber aus dem unmittelbaren Zusammenhang von Vorsatz und Fahrlässigkeit innerhalb der Regelung unter der Überschrift „Haftung für eigenes Verschulden“.

Hier kommt zum Ausdruck, dass mit Fahrlässigkeit Verschulden gemeint ist. Zudem ergibt sich, dass wegen des Verschuldensbegriffes eine gewisse Individualität beinhaltet sein muss, da Verschulden immer einhergeht mit Vorwerfbarkeit und Zurechnung, worin notwendig ein subjektives Element enthalten ist. Dieses wird im Vorsatz mit der Formulierung „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“ auch zum Ausdruck gebracht. Vor allem das „Wollen“ bringt den individuellen Bezug zum Täter zum Ausdruck. Der Regelungszusammenhang der Fahrlässigkeit mit dem Vorsatz, beides unter der Überschrift „Haftung für eigenes Verschulden“, legt nahe, einen individuellen Maßstab für beide Formen des Verschuldens anzulegen, nicht nur für den Vorsatz. Dieses Auslegungskriterium spricht also mehr für die Anwendung eines subjektiven Maßstabes der Fahrlässigkeit als dagegen. Zudem verhindert sie nicht, dass mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Rechtswidrigkeit definiert ist.

Historische Auslegung

Fraglich ist, ob die obige Ansicht auch mit dem Kriterium des historischen Gesetzgeberwillens in Einklang zu bringen ist. Soweit nämlich weder der Wortsinn noch die systematische Verortung einer Regelung zu einem Ergebnis führte, ist der Wille des historischen Gesetzgebers heranzuziehen. Dabei muss jedoch darauf geachtet werden, was damit eigentlich gemeint ist. Das BGB wurde nicht von einer Einzelperson in Alleinarbeit geschaffen, sondern in einem komplexen Schaffensprozess, an dem eine Vielzahl von Experten und Parlamentariern beteiligt waren. Die Entwicklung begann mit der Einsetzung der sogenannten Vorkommission am 28.02.1874. Es folgte die Arbeit der 1. Kommission, die von 1874 bis 1887 dauerte. In diesem Gremium wurde der vorhandene Rechtsstoff aus

den 1871 zum Deutschen Reich zusammengeschlossenen Einzelstaaten gesichtet und harmonisiert, die wesentliche Aufgabe der sog. Redaktoren. Nach der erfolgten ersten Ausarbeitung wurde der erste Entwurf der Öffentlichkeit präsentiert und teilweise heftig kritisiert. Ende 1890 wurde durch den Bundesrat eine zweite Kommission eingesetzt, die den Ersten Entwurf unter Berücksichtigung der geübten Kritik überarbeiten sollte. Als Resultat dieser Arbeit ging der zweite Entwurf des BGB hervor, aus welchem durch die Beratung im Bundesrat der dritte Entwurf entstand. Nach Verabschiedung des Gesetzes in Reichstag und Bundesrat wurde es auf dieser Basis am 18.08.1896 vom Kaiser ausgefertigt und am 24.08.1896 im Reichsgesetzblatt veröffentlicht. Es trat am 01.01.1900 in Kraft.⁶⁹²

An der Schaffung des BGB waren also eine kaum übersehbare Anzahl von Personen beteiligt, die ihre Meinungen einbrachten und kundtaten. Es fragt sich also, wessen Meinung bzw. welche Ansichten als die des „historischen Gesetzgebers“ anzusehen sind.

Larenz gibt dazu folgende Antwort: *„Als ‚Wille des Gesetzgebers‘, der sich durch das Gesetz verwirklicht, kann man nur die in der Regelungsabsicht beschlossenen oder aus ihr folgenden Zwecke, Wertsetzungen und Grundentscheidungen bezeichnen, zu denen die am Gesetzgebungsakt Beteiligten in der Tat Stellung genommen haben. An ihnen hat sich die Auslegung in erster Linie zu orientieren, da nur so die vorrangige Rolle der Gesetzgebungsorgane innerhalb des gesamten Prozesses der Rechtschöpfung und Rechtskonkretisierung gewahrt werden kann. Konkrete Normvorstellungen dagegen, also deutliche Vorstellungen über die genaue Bedeutung und Reichweite einer einzelnen Bestimmung oder eines einzelnen Ausdrucks, kann man am ehesten bei den Verfassern des Gesetzestextes und den Mitgliedern beratender Kommissionen erwarten. Diese aber sind weder einzeln, noch in ihrer Gesamtheit ‚der Gesetzgeber‘.“*⁶⁹³

⁶⁹² Dazu insgesamt Köhler, in Einführung zur Faksimileausgabe des BGB, S. 6 ff.

⁶⁹³ Larenz³, Methodenlehre, S. 317.

Larenz erkennt den festgehaltenen Ansichten und Ausführungen der Mitglieder der verschiedenen Kommissionen einen erheblichen Wert für die Auslegung zu, stellt aber fest, dass diese keine Bindungswirkung für den Rechtsanwender, insbesondere die Gerichte, haben kann, da die *„Normvorstellung des Gesetzesverfassers regelmäßig hinter den Anwendungsmöglichkeiten der Norm zurückbleibt“*.⁶⁹⁴

Auch hier ist Larenz zuzustimmen. Die Protokolle sowie die Entwürfe des BGB stellen eine wichtige Quelle für den beabsichtigten Zweck einer Regelung dar. Eine Bindungswirkung kann aus den Ausführungen für den Rechtsanwender schon deshalb nicht entstehen, da die Mitglieder der Kommissionen keine gesetzgeberische Funktion, sondern lediglich die der Vorarbeit hatten.

In den Vorentwürfen der Redaktoren in der ersten Kommission wurde zu den Begriffen der Fahrlässigkeit und der Widerrechtlichkeit ausführlich Stellung genommen. Bereits die Redaktoren gingen davon aus, dass das Grundprinzip der Haftung im neuen BGB das der Verschuldenshaftung sein soll. *„Der Entwurf hält in Übereinstimmung mit dem gemeinen Rechte [...] und der modernen Gesetzgebung [...] für die Regel an dem Grundsatz fest, dass nicht der Schaden, sofern er nur auf Jemandens Verhalten als seine äußere Ursache zurückzuführen ist, zum Ersatze verpflichtet, sondern vielmehr das Verschulden. Es genügt also nicht die objektive Rechtsverletzung, diese muss vielmehr dem Thäter zur Schuld zugerechnet werden können.“*⁶⁹⁵

Nach der Ansicht der Redaktoren war ein Anspruch auf Schadensersatz zunächst auf Naturalrestitution gerichtet. Erst wenn dieser nicht möglich oder zur Wiedergutmachung nicht ausreichend war, sollte ein weiterer Anspruch auf Ersatz des Schadens daneben entstehen.⁶⁹⁶ Voraussetzung dafür sollte sein: *„Dieser Anspruch bezweckt die Tilgung sämtlicher durch*

⁶⁹⁴ Larenz³, Methodenlehre, S. 317.

⁶⁹⁵ Schubert/Werner, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 662.

⁶⁹⁶ Schubert/Werner, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 663.

*die subjektive wie objektive widerrechtliche Verletzung herbeigeführten nachteiligen Folgen [...].*⁶⁹⁷

Aus diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass die Redaktoren zum einen das Verschuldensprinzip als grundlegende Haftungsform installiert haben wollten, zum anderen, dass die subjektiven Elemente der Handlung durchaus auch eine Rolle spielen sollten.

Die Fahrlässigkeit selbst war in den Vorentwürfen in § 197 geregelt, welcher folgendermaßen lautete:

*„Die in einem Schuldverhältnisse Stehenden haften sich gegenseitig nicht nur für absichtliche Verschuldung, sondern selbst für geringe Fahrlässigkeit. Letztere verschuldet, wer nicht diejenige Sorgfalt anwendet, welche ein sorgsamer Hausvater anzuwenden pflegt.“*⁶⁹⁸

Mit dieser Formulierung sollte für die culpa levis (leichte Fahrlässigkeit) ein Maßstab gesetzt werden, durch welchen jedermann das Maß an Sorgfalt und Fleiß zu beachten hat, welches ein sorgsamer und fleißiger Hausvater (ein ordentlicher Mann nach Windscheid) in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.⁶⁹⁹

*„Die aufzuwendende Sorgfalt wird gemessen an dem abstrakten Maßstab eines Mannes, welcher den von ihm betriebenen Geschäften, dem was er vornimmt, gewachsen ist, seine Kräfte auch anwendet und in seinem Wirkungskreis auf Ordnung hält.“*⁷⁰⁰

*„Hiermit wird keinerlei Auszeichnung vor anderen, Nichts außergewöhnliches verlangt, keine besonderen physischen oder geistigen Kräfte, nicht die äußerste Kraftanstrengung, nicht pedantische Ängstlichkeit.“*⁷⁰¹

⁶⁹⁷ Schubert/Werner, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 663.

⁶⁹⁸ Schubert/Werner, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 735.

⁶⁹⁹ Schubert/Werner, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 743.

⁷⁰⁰ Schubert/Werner, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 743.

⁷⁰¹ Schubert/Werner, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 743.

„Bei Anwendung dieses Maßstabes ist aber ferner maßgebend die Natur des Geschäftes, der Handlung, worauf im konkreten Falle Fleiß und Aufmerksamkeit zu verwenden sind; die im einzelnen Falle obwaltenden objektiven Momente entscheiden, nicht der subjektive Maßstab der Individualität des betreffenden Verpflichteten, wiewohl im Einzelfall nach dem id quod actum est, es auch darauf ankommen kann, was hiernach der Berechtigte von dem Verpflichteten überhaupt erwartet und erwarten konnte.“⁷⁰²

Die Redaktoren legen als Maßstab für einen ordentlichen Hausvater also einen durchschnittlichen Maßstab an, der nichts Außergewöhnliches verlangt. Es soll ein vom Individuum abgehobener Maßstab sein, der nicht an den Fähigkeiten des einzelnen orientiert ist. Allerdings findet sich einige Seiten später folgende Formulierung:

„Ein Mann, welcher auf das Prädikat eines sorgsamen Hausvaters Anspruch macht, wird im gegebenen Falle mit sich zu Rate gehen, ob das Geschäft nicht seine Kräfte übersteigt, und, wenn dies der Fall wäre, das Geschäft nicht übernehmen oder, wenn dies möglich und zulässig ist, durch tüchtige, dem Geschäft gewachsene Gehülfen dasselbe besorgen lassen. Lässt er sich trotz der Unzulänglichkeit seiner Kräfte und Kenntnisse darauf ein, so handelt er schon hiermit nicht wie ein sorgsamer Hausvater und, wenn er in Folge dessen in Ausübung des Geschäfts etwas übersieht, so hat er das als von ihm verschuldet zu vertreten.“⁷⁰³

Diese Ausführungen beinhalten unverkennbar die Rechtsfigur des Übernahmeverschuldens. Dieses Instrument des vorgelagerten Fahrlässigkeitsvorwurfes wurde bereits oben dargestellt und schon von den Redaktoren als praktikables, geeignetes und logisches Instrument angesehen.

Als übergeordnete Prinzipien der Redaktoren im Zusammenhang mit Widerrechtlichkeit und Fahrlässigkeit lässt sich festhalten:

⁷⁰² Schubert/Werner, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 744.

⁷⁰³ Schubert/Werner, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 753.

- Die Sorgfalt des Hausvaters ist ein objektiv zu bestimmender Maßstab, der nur das Durchschnittliche und Normale fordert, nicht aber ein Höchstmaß an Vorsicht.
- Die individuellen Fähigkeiten des Einzelnen können im Einzelfall bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit eine Rolle spielen.
- Wer ein Geschäft oder eine Handlung vornimmt, obwohl er im vorhinein weiß, dass er die notwendigen Kompetenzen nicht besitzt, handelt fahrlässig.

Im weiteren Verfahren der Entwicklung des BGB wurde aufgrund der von Außen vorgetragenen Kritik der Maßstab der Sorgfalt nicht mehr am *pater familias* festgemacht, sondern zunächst als „im Verkehr übliche“ und schlussendlich als „im Verkehr erforderliche“ festgelegt.⁷⁰⁴

Was die Objektivität des Maßstabes und die Berücksichtigung subjektiver Unzulänglichkeiten betrifft, wird die gewisse Unklarheit des ersten Entwurfes fortgesetzt. So heißt es in den Protokollen der zweiten Kommission zwar, dass im Zivilrecht *„ein objektiver Maßstab anzulegen sei. Wer mit einem Anderen in rechtlichen Verkehr trete, müsse darauf vertrauen dürfen, dass dieser bei der Erfüllung seiner Obliegenheiten mit der im Leben üblichen Sorgfalt eines ordentlichen Mannes zu Werke gehe.“*⁷⁰⁵

Allerdings folgt auf diese Festlegung, dass *„der unentbehrliche objektive Maßstab [an sich] die Würdigung individueller Momente im einzelnen Falle nicht ausschließe...“*, was sich von selbst verstehe.⁷⁰⁶

Die Festlegung durch die Redaktoren, dass grundsätzlich ein objektiver Maßstab, nunmehr gemessen am Verkehrserfordernis, zu gelten habe, wurde im weiteren Entstehungsprozess des BGB beibehalten, ebenso aber, dass die individuellen Fähigkeiten des Täters nicht vollständig aus-

⁷⁰⁴ Mugdan, Materialien, Bd. 1, Motive, S. 507.

⁷⁰⁵ Mugdan, Materialien, Bd. 1, Protokolle, S. 765.

⁷⁰⁶ Mugdan, Materialien, Bd. 1, Protokolle, S. 765.

geblendet werden dürfen und bei der Beurteilung der Schuld zu berücksichtigen sind.

Nach alledem kann m.E. nicht behauptet werden, der historische Gesetzgeber habe sich eindeutig auf einen objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab festgelegt, der die Berücksichtigung von subjektiven Fähigkeiten vollständig ausschließen würde. Ebenso wenig kann davon gesprochen werden, dass sich der Gesetzgeber gegen einen subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff gewendet hat. Die wesentliche Vorstellung war, dass weder persönliche Unfähigkeit noch individueller Schlendrian vor Haftung schützen darf.

Für die Auslegung des Gesetzes ist, wie oben festgestellt, nicht die konkrete Normvorstellung der Schöpfer, sondern der Zweck, die Wertsetzung und die Grundentscheidung des Gesetzgebers maßgeblich. Als Grundentscheidung bleibt festzuhalten, dass der historische Gesetzgeber eine Verschuldenshaftung wollte, bei welcher im Hinblick auf die Fahrlässigkeit individuelle, vom durchschnittlich objektiv sorgfältigen Verkehr abweichende Fehlhandlungen grundsätzlich nicht entschuldigen sollen, obwohl dies im Einzelfall durchaus möglich sein kann. Der Zweck der Regelung war, dass sich der Verkehr darauf verlassen kann, dass derjenige, der seine Dienste anbietet, auch die dafür notwendigen Fähigkeiten besitzt.

Sämtliche dieser grundlegenden Prinzipien des Gesetzgebers sind in der oben entwickelten Ansicht verwirklicht. Durch die Prüfung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt am Maßstab des „Normalen“ wird die gewünschte objektive Beurteilung beibehalten. Das Verschuldensprinzip bleibt bei der Anwendung eines subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffes aufrechterhalten, wobei die Rechtsfigur des vorverlagerten Fahrlässigkeitsvorwurfes die Berücksichtigung individueller Nachlässigkeit und Unfähigkeit ausschließt. Jeder Mensch ist dazu in der Lage zu erkennen, ob er etwas bewältigen kann oder nicht. Erst ab einem Bereich, der bereits pathologisch ist, kann dies wegen maßloser Selbstüberschätzung nicht mehr der Fall sein. Hier greift jedoch die Regelung der §§ 827, 828 BGB, auf welche § 276 BGB

a.F. verweist. Ein Haftung wäre somit bereits nach diesen Vorschriften ausgeschlossen.

Teleologische Auslegung

Als letztes bleibt, die obigen Ausführungen anhand der teleologischen Auslegung zu überprüfen. Deren Inhalt ist es, den Sinn und Zweck einer Regelung objektiv zu bestimmen oder, wie Larenz es formuliert, bei Unklarheiten oder Mehrdeutigkeiten einer Regelung eine ausgewogene und sachgerechte Lösung zu finden.⁷⁰⁷

Die Sachgemäßheit lässt sich dadurch bestimmen, dass man die durch die Norm geregelte „Sache“ oder den Lebensumstand mit ihren Eigenarten betrachtet, insbesondere dann, wenn ein Lebensbereich umfassend gewürdigt wird.⁷⁰⁸

In § 276 BGB a.F. kommt ein im gesamten Zivilrecht geltender Grundsatz zum Ausdruck. Der Schuldner hat, soweit nichts anderes vereinbart ist, nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Dieser Grundsatz gilt für alle Normen, in welchen das Gesetz von „vertreten müssen“ spricht, daneben auch bei der Haftung aus c.i.c und pFv.⁷⁰⁹ Zudem kommt hier die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Verschuldenshaftung klar zum Ausdruck. Sofern dieser eine vom Verschulden unabhängige Haftung wünscht, wird dies ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben (so z.B. die §§ 459, 536 BGB).⁷¹⁰

Ob in den Formulierungen „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ ein individueller Maßstab mit subjektiven Komponenten enthalten ist oder nicht, lässt sich nicht direkt entnehmen. Für den Vorsatz wird dies anerkannt, während bei der Fahrlässigkeit ein solches Verständnis von der h.M. abgelehnt

⁷⁰⁷ Larenz, Methodenlehre, S. 322.

⁷⁰⁸ Larenz, Methodenlehre, S. 322.

⁷⁰⁹ Statt aller Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 1.

⁷¹⁰ Palandt⁶¹/Heinrichs, § 276 Rdnr. 3.

wird, wodurch die ganz erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen (s.o.).

Eine ausgewogene Beurteilung der Lebenssachverhalte, in welchen die Haftung für Fahrlässigkeit begründet ist, lässt sich nach den obigen Ausführungen auch mit einem subjektiven Verschuldensbegriff und der Definition der Rechtswidrigkeit als „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ ein sachgemäßes Ergebnis erzielen. Es sind kaum Konstellationen denkbar, in welchen unter Anwendung der Grundsätze über das Übernahmeverschulden und dem vorverlagerten Fahrlässigkeitsvorwurf ein abweichendes Ergebnis erzielt wird. Zudem lässt sich auf diese Art der Anwendung der Norm die kaum zu treffende Abgrenzung von Pflichtwidrigkeit und Fahrlässigkeit vermeiden, die ansonsten kaum befriedigend aufgelöst werden kann.

Die Anwendung eines subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffes ist ausgewogen und berücksichtigt die Interessen des Gläubigers und des Schuldners in ausreichender Weise. Der Gläubiger kann grundsätzlich immer von einer Haftung des Schuldners bei Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und damit einer rechtswidrigen Handlung ausgehen. Entweder der Schuldner hätte die notwendigen Fähigkeiten für die geschuldete Leistung gehabt, oder aber er hätte es erkennen müssen, dass er diese nicht besitzt. Nur bei Personen, die dazu nicht in der Lage sind, kommt eine Haftung nicht in Betracht. Da hier aber § 827 BGB eingreift, ist er diesem Risiko stets ausgesetzt. Der Schutz des Schuldners ergibt sich bei einem subjektiven Verschuldensbegriff unmittelbar aus § 276 BGB, ansonsten aus der Verweisung auf die §§ 827, 828 BGB. Die Verweisung ist damit aber nicht obsolet, vielmehr hat der Gesetzgeber in § 827 BGB den Grundsatz des Übernahmeverschuldens geregelt, auf den die allgemeinere Norm des § 276 BGB verweist.

Die Regelung des § 276 BGB lässt nach alledem sowohl die Anwendung eines objektivierten als auch eines subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffes zu. Dem Willen des historischen Gesetzgebers ist zu entnehmen, dass er zwar individuelle Unfähigkeiten und Schlamperei in eigenen Angelegen-

heiten nicht als Entschuldigung gelten läßt, dennoch die Umstände in der Person des Schuldners berücksichtigt haben will. Es hat grundsätzlich das Prinzip der Verschuldenshaftung zu gelten, wobei die Interessen sowohl des Gläubigers als auch des Schuldners zu berücksichtigen sind. Wegen der nicht von der Hand zu weisenden Vorteile der Anwendung eines subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffes bei gleichzeitiger Ergebnisgleichheit wie beim objektivierten ist dieser vorzugswürdig.

Zusammenfassend kann gesagt werden:

- Das Prinzip der Verschuldenshaftung gebietet es, auch im Rahmen der Fahrlässigkeitshaftung die individuelle Vorwerfbarkeit zu beachten und deshalb einen subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff anzuwenden⁷¹¹.
- Unterschiede zu den Ergebnissen der h.M. sind kaum denkbar. Sollte der Täter die notwendige Einsichtsfähigkeit nicht haben, werden zugleich die Voraussetzungen der §§ 827, 828 BGB a.F. erfüllt sein, weshalb schon aus diesem Grund keine Haftung gegeben ist.

⁷¹¹ In diesem Sinne muss auch Wiethölter verstanden werden, der in seiner Arbeit über das verkehrsgerechte Verhalten folgendes ausführt: *„Wo für Schuld im Zivilrecht wirklich Raum ist, sollte man den Anschluss an das Strafrecht wahren und so die Einheitlichkeit der Schuld erhalten. Das vereinfacht die Verhältnisse und erleichtert das wechselseitige Verständnis. Anderenfalls würde man einen Schuldbegriff einführen, ohne dass sachliche Erwägungen hierzu zwingen, denn dass es im Zivilrecht keine Haftung ohne Schuld gebe, ist eine bloße petitio principii und de lege lata widerlegt. Umgekehrt wäre aber eine „objektivierte“ Schuld nur einem fragwürdigen äußeren Namensinhalt nach Schuld, ohne dass sie gerade diejenigen Qualitäten enthielte, die den Schuldgehalt ausmachen und deren Vorhandensein offenbar erst die Haftung qua Schuldhaftung rechtfertigen sollen. Wo also der wirkliche Schuldmaßstab im Zivilrecht nicht eingehalten ist oder nicht eingehalten zu werden verdient, sollte man nicht von Schuld sprechen, sondern von etwas anderem (z.B. Gefährdungshaftung, Erfolgshaftung o.a.).“* Wiethölter, S. 32, 33; für eine subjektive Fahrlässigkeit auch Karollus, S.201, 207, 211 ff.

- Durch die Rechtsfigur des vorverlagerten Fahrlässigkeitsvorwurfes sind Unterschiede im Ergebnis bei der Anwendung eines objektivierte Fahrlässigkeitsbegriffes kaum möglich.
- Selbst wenn ausnahmsweise ein anderes Ergebnis die Folge wäre, beruht dies auf der Entscheidung des Gesetzgebers für eine verschuldensabhängige Haftung und ist im Rahmen der Privatautonomie und des allgemeinen Lebensrisikos hinzunehmen.
- Der Gesetzgeber hat es in der Hand, die Verschuldenshaftung durch eine allgemeine Gefährdungshaftung zu ersetzen, die von der Individualität des einzelnen unabhängig ist.

Da daher einem subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff nichts entgegensteht, erscheint auch die Formulierung des § 276 I 2 BGB a.F. in einem anderen Licht. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist nicht Inhalt und Umschreibung der Fahrlässigkeit als Verschuldensmoment, sondern die Definition der Rechtswidrigkeit⁷¹² und damit nur Bezugspunkt.

Durch dieses Verständnis lösen sich auch die oben bereits aufgeführten Probleme. Es ist klar und eindeutig, wo die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verortet, aus welcher Perspektive sie zu beurteilen und wie die Beweislastverteilung geregelt ist.

Auf der Stufe der Rechtswidrigkeit ist aus der ex-post Sicht zu beurteilen, ob der Schädiger die notwendige Sorgfalt nicht walten ließ. Den Beweis dafür hat im Rahmen der Vertragshaftung sowohl nach der Lehre vom Erfolgsunrecht als auch nach der vom Verhaltensunrecht der Geschädigte zu erbringen, da die erforderliche Sorgfalt kein Rechtfertigungsgrund, sondern die Rechtswidrigkeit selbst ist. Es ist auch ohne Weiteres klar, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt rein objektiv zu beurteilen ist und subjektive Momente keine Rolle spielen können und dürfen. Als Maßstab gilt nicht ein Höchstmaß an Sorgfalt, sondern die erforderliche, die sich nach dem Stand der h.M. nach den Verkehrskreisen und Personen-

⁷¹² In diese Richtung auch Wiethölter, der schon in dem verkehrsgerechten Verhalten eine Eingrenzung des Unrechts und nicht erst durch die Schuld sieht.

gruppen richtet. Die Bezugsgruppen wurden unabhängig vom Können einer speziellen Person begründet und entwickelt, so dass sie insoweit objektiviert sind.

Für die Anwaltshaftung entspricht dieses Ergebnis auch der Handhabung, zumindest der Pflichtwidrigkeit durch den BGH. Dieser verfolgt in st. Rspr. die Linie, dass die Anforderungen der einzuhaltenden Anwaltspflichten nicht am Idealanwalt, sondern an den im Verkehr anerkannten Leistungsmaßstäben der Berufsgruppe zu messen sind.⁷¹³

Bei genauer Betrachtung sind die Fälle, in welchen der BGH trotz vorliegender objektiver Pflichtverletzung die Haftung verneint hat, solche, in denen eine individuelle Vorwerfbarkeit, in der Person des Schuldners begründet, fehlt.

Die meisten Fälle betreffen die Pflichtverletzung infolge gesundheitlicher Beeinträchtigungen.⁷¹⁴ So liegt kein schuldhaftes Handeln des Anwalts vor, wenn er wegen eines physischen Zusammenbruchs⁷¹⁵ oder eines Herzinfarkts⁷¹⁶ ins Krankenhaus eingeliefert wird und daher eine Frist oder einen Prozesstermin versäumt bzw. sich um seine Mandate nicht entsprechend kümmern kann⁷¹⁷. Zwar muss der Anwalt für solche Fälle ausreichend Vorsorge treffen, z.B. durch Instruktion des Personals oder die Bestellung eines Vertreters, aber auch dies kann im Einzelfall unzumutbar sein.⁷¹⁸

Dies alles ist aber nichts anderes als die Beurteilung des Sachverhaltes nach individuellen subjektiven Kriterien. Der BGH prüft nicht, ob ein durchschnittlicher Anwalt hätte tätig werden können, sondern ganz kon-

⁷¹³ So ausdrücklich Zugehör/Fischer Rdnr. 994; BGH NJW 1987, S. 1322; 1988, S. 707.

⁷¹⁴ Zugehör/Fischer, Rdnr. 1019.

⁷¹⁵ BGH VersR 1990, S. 1026.

⁷¹⁶ BGH NJW 1992, S. 1899.

⁷¹⁷ BGH VersR 1990, S. 1026.

⁷¹⁸ BGH VersR 1990, S. 1026.

kret die individuellen Möglichkeiten des einzelnen. Hier ist nicht nur das Ergebnis, sondern auch die rechtliche Handhabung dieselbe.

Es ist jedem zuzumuten, dass er ein gewisses Restrisiko trägt, wenn er mit anderen in rechtserheblichen Kontakt tritt. Dies beinhaltet auch, dass für einen entstandenen Schaden niemand haftet und dieser vollständig selbst getragen werden muss.

Verschulden im Sinne der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit bedeutet, dass dem Schuldner vorgeworfen werden kann, eine Situation falsch eingeschätzt zu haben.

d) Prozessuales Verschulden

Das Verschulden spielt nicht nur bei der Anwaltshaftung mit der Folge von Schadensersatz, sondern auch im Prozessrecht eine Rolle, da z.B. im Falle einer erfolgten Pflichtverletzung eine Widereinsetzung in den vorigen Stand nach § 233 ZPO nur in Betracht kommt, wenn weder die Partei noch ihr Anwalt (§ 85 ZPO) ohne Schuld gehandelt hat.

Seit dem 01.07.1977, mit der Neufassung des § 233 ZPO, gilt auch für das prozessuale Verschulden des Anwalts der Haftungsmaßstab des § 276 I 2 BGB a.F.⁷¹⁹

Gerade im Bereich des prozessualen Verschuldens zeigt sich, dass die persönliche Vorwerfbarkeit eine große Rolle spielt. So wurde die Terminversäumung eines Anwaltes entschuldigt, weil er unvorhersehbar verhandlungsunfähig erkrankte.⁷²⁰ Hier handelt es sich um die individuelle Vorwerfbarkeit und nicht darum, ob der durchschnittliche Anwalt in dieser Extremsituation auch den Termin versäumt hätte.

⁷¹⁹ BGH NJW 1999, S. 724; Zugehör/Fischer, RdNr. 1017; Bormann/Haug³, § 26 Rn 23; Zöller²³/Greger, § 233 RdNr. 12; Zugehör, RdNr. 88.

⁷²⁰ BGH NJW 1996, 1540

Da fest steht, dass das prozessuale Verschulden inhaltsgleich dem materiellen ist, soll diese Besonderheit nicht gesondert vertieft werden.

5° Culpa in contrahendo (c.i.c.)

Die Haftung des Anwalts für die Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Fürsorgepflichten folgt aus dem nach altem Schuldrecht nicht normierten Rechtsinstitut der culpa in contrahendo. Der Anwalt haftet demnach für Schäden des Mandanten, die diesem bei der Vertragsanbahnung entstehen.

Den wichtigsten Fall im Rahmen der Anwaltshaftung hat der Gesetzgeber in § 44 BRAO explizit geregelt. Grundsätzlich gilt für den Rechtsanwalt wie für alle anderen Teilnehmer am privaten rechtsgeschäftlichen Verkehr die Kontrahierungsfreiheit. Der Anwalt ist im Regelfall nicht dazu verpflichtet, ein Mandat zu übernehmen, das ihm von einem potentiellen Mandanten angedient wird.

Nach § 44 BRAO ist er allerdings verpflichtet, in diesem Fall dem Mandanten unverzüglich (§ 121 BGB) Mitteilung hiervon zu machen. Er muss also ohne schuldhaftes Zögern zu erkennen geben, dass er das Mandat nicht annehmen und bearbeiten will. Unterlässt er die rechtzeitige Mitteilung, so haftet er für den dadurch entstandenen Schaden (§ 44 S. 2 BRAO).

Daneben kommen noch die Fälle der Haftung aus c.i.c. innerhalb der Anwaltpflichten in Frage, in welchen der Rechtsanwalt den Anwaltsvertrag nicht selbst, sondern über eine Bürokraft abschließt. Das Büropersonal ist regelmäßig nicht als Vertreter der Anwaltes, sondern lediglich als Übermittlungsbote anzusehen.⁷²¹ Wenn der Anwalt den Vertragsschluss delegiert, stellt dies eine Verletzung seiner beruflichen Prüfungspflicht (§ 45

⁷²¹ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 44.

BRAO) dar, da nur er selbst entscheiden kann, ob z.B. wegen Interessenskollision ein Übernahmeverbot besteht.⁷²²

Verletzt der Rechtsanwalt diese Pflicht und entsteht dem Mandanten dadurch ein Schaden, so haftet der Anwalt aus c.i.c.

Diese Versäumnisse und Pflichtverstöße werden in der Praxis jedoch kaum oder zumindest sehr selten vorkommen, so dass auf die Haftung aus c.i.c. hier nicht näher eingegangen werden soll.

Der Anwalt haftet aus c.i.c. wie jeder andere Vertragspartner auch für Schäden, die der Mandant bei der Anbahnung des Mandats erleidet, so z.B. für Schädigungen, die der Mandant erleidet, weil er im Treppenhaus der Kanzlei wegen des frisch gebohnerten Parketts zu Fall kommt. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich jedoch mit den beruflichen Anwaltpflichten, so dass auch auf diese Problematik nicht weiter eingegangen werden soll.

II. Die Haftungsgrundlagen nach der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002

1. Allgemeines zur Reform

Am 01.01.2002 trat das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (SchuMoG) in Kraft. Diese sogenannte „Große Lösung“⁷²³ war in ihrer Entstehung Gegenstand heftiger Diskussionen in der Jurisprudenz, die mit einer schon seit langem keiner Reform mehr zuteilgewordenen großen Aufmerksamkeit auch außerhalb der Fachwelt verfolgt wurden.

Die Reform des Schuldrechts war ein schon seit Langem gehegtes Vorhaben, das bereits Anfang der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts vorbereitet wurde, allerdings nicht zustande kam. Für die nunmehr erfolgte Re-

⁷²² Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 44; 221.

⁷²³ Däubler-Gmelin, NJW 2001, S. 2281.

form, über deren Erfolg sich durchaus streiten lässt, waren drei EU-Richtlinien ausschlaggebend, die eine Änderung des nationalen Rechts notwendig machten. Dies waren die Richtlinie 1999/44/EG vom 25.01.1999 für den Verbrauchsgüterkauf, die Richtlinie 2000/35/EG vom 29.06.2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzuges im Geschäftsverkehr sowie die Richtlinie 2000/31/EG vom 08.06.2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr.

Die Regierungskoalition aus SPD und Bündnis90/Die Grünen entschied sich dafür, im Zusammenhang mit notwendigen gemeinschaftsrechtlich bedingten Änderungen die schon länger geplante Reform des Verjährungsrechts, des Leistungsstörungs- und Kaufrechts sowie die Integration der Verbraucherschutzgesetze (VerbrKrG; AGBG; HaustürWiG; FernabsatzG) in das BGB in Angriff zu nehmen.⁷²⁴

Die EU-Richtlinien forderten zwar nur einige Änderungen, die ohne eine tiefergehende Reform durchaus umsetzbar gewesen wären. Die Regierungskoalition, insbesondere die damalige Bundesjustizministerin Herta Däubler-Gmelin, sah jedoch mehrere triftige Gründe dafür, eine umfassende Reform des Allgemeinen Teils und des Schuldrechts des BGB vorzunehmen. Im wesentlichen waren dies⁷²⁵:

- Die Integration der neuen Verjährungsregelungen durch die EU-Richtlinie innerhalb des Gewährleistungsrechts sei nicht ohne Systembrüche in das bisherige allgemeine Verjährungsrecht zu integrieren.
- Das bisher geltende Recht der Verjährung sei mit seinen 130 Normen mit unterschiedlichen Fristen an sich nicht mehr stimmig und daher dringen reformbedürftig.
- Das Leistungsstörungsrecht des BGB sei nicht mehr zeitgemäß und den Anforderungen des heutigen Rechtsverkehrs nicht mehr gewachsen. Zwar würde das Recht der Unmöglichkeit sehr differenziert behandelt, eine gesetzliche Regelung des ganz überwiegen-

⁷²⁴ Däubler-Gmelin, NJW 2001, S. 2281.

⁷²⁵ Nach Däubler-Gmelin, NJW 2001, S. 2282.

den Haftungsgrundes der Schlechterfüllung sei aber nur allenfalls bruchstückhaft geregelt. Die große Mehrheit der heutzutage erheblichen Haftungen wegen Schlechterfüllung würde deshalb nicht mehr auf normiertem Recht, sondern auf Basis der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze entschieden.

- Das Kaufrecht würde durch die EU-Richtlinien derart verändert, dass eine Neufassung kaum umgebar sein.
- Die im Laufe der Zeit nach Erlass des BGB in seiner ursprünglichen Form ergangenen Verbraucherschutzgesetze, insbesondere das ABGB, hätten einen so weitreichenden Einfluss auf das gesamte Privatrecht, dass eine Integration in das BGB nur sinnvoll sei.

Als Schlaglichter lassen sich folgende gravierende Änderungen aufführen:

- Es gilt nunmehr die allgemeine Verjährungsfrist von 3 Jahren. Der Beginn der Frist wurde von der Kenntnis des Bestehens des Anspruchs abhängig gemacht. Zudem wurden die absoluten Verjährungsfristen von 10 bzw. 30 Jahren unabhängig von der Kenntnis eingeführt (§§ 195 ff BGB n.F.).
- Die bisher überwiegenden Regelungen zur Unterbrechung der Verjährung mit der Folge des Neubeginns der Frist wurden zugunsten der Hemmung zurückgedrängt und nur noch in wenigen Fällen vorgesehen (§§ 203 ff. BGB n.F.).
- Im Leistungsstörungenrecht wurde in § 280 BGB n.F. der zentrale Begriff der Pflichtverletzung eingeführt, welcher als „Generalanspruchsgrundlage“ für die meisten Leistungsstörungen nach dem bisherigen Recht wie Unmöglichkeit, Verzug und pFv konzipiert wurde.
- Die bisher nicht gesetzlich explizit geregelten Anspruchsgrundlagen der c.i.c (nunmehr §§ 241 II, 311 II, III BGB n.F.), pFv (nunmehr § 280 ff. BGB n.F.), der Wegfall der Geschäftsgrundlage (nunmehr § 313 BGB n.F.) und der Grundsatz des generellen Kündigungsgrundes aus wichtigem Grund (nunmehr § 314 BGB n.F.) wurden in das Leistungsstörungenrecht aufgenommen.

- Die Verbraucherschutzgesetze wurden in das BGB integriert, wie z.B. das AGBG (nunmehr §§ 305 – 310 BGB n.F.), das Verbraucherkreditgesetz (nunmehr §§ 491 ff BGB n.F.) sowie das Haustürwiderrufs- und Fernabsatzgesetz (§§ 312 ff BGB n.F.).

Die Aufzählung muss unvollständig sein, da sie die erheblichen Änderungen nur kurz anreißen kann.

Die vorgenommene Reform wurde vor allem in der Literatur und Wissenschaft heftig diskutiert⁷²⁶, mit erheblichen Bedenken aufgenommen und zum Teil scharf kritisiert.⁷²⁷ Es wurde eingewendet, das reformierte Leistungsstörungenrecht richte sich allein auf die vertragliche Haftung und lasse die gesetzliche weitestgehend außer acht.⁷²⁸ Die Gegner der großen Lösung bemängelten vor allem die Eile, mit welcher das Vorhaben durch die Gesetzgebungsinstitutionen getrieben wurde.⁷²⁹

Bei Altmeppen, einem der engagiertesten Gegner der Reform, liest sich dies so:

„Ein in aller Eile ‚zusammengeflicktes‘ – angeblich ‚modernes‘ – Schuldrecht darf nicht Gesetz werden. Es geht um nichts weniger als um das

⁷²⁶ Siehe z.B. Jakobs, Tagungsbericht zum Symposium der Universität Regensburg zur Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, S. 27 ff; Lorenz, JZ 2001, S. 742.

⁷²⁷ So z.B. Hammen, „Zerschlagt die Gesetzestafeln nicht!“, in WM 2001, S. 1357 ff; „Die vorgeschlagenen §§ 309 – 314a BGB – DiskE, um nur ein Beispiel zu nennen, wirken wie ein modernes Chanson, das sich in eine klassische Symphonie verirrt hat: ein Fremdkörper ohne jede thematische oder stilistische Verbindung zu seiner Umgebung. Dass dem BGB eine innere Ordnung, ein System, zugrunde liegt bleibt gänzlich unbeachtet“, so Reinhard Zimmermann in JZ 2001, S. 179; auch Löwisch, NZA 2001, S. 467, der wegen der Probleme im Arbeitsrecht im Zusammenhang mit der geplanten Reform ein vollständiges Ausklammern des Leistungsstörungenrechts fordert.

⁷²⁸ Hammen, WM 2001, S. 1357.

⁷²⁹ Vgl. nur Altmeppen, DB 2001, S. 1131ff; S. 1821ff; Hammen, WM 2001, S. 1359; Knütel NJW 2001, S. 2519; gegen die „Große Lösung“ auch Dauner-Lieb, AnwKomm, Einführung, mit einer Zusammenfassung der Diskussion.

Herzstück des Bürgerlichen Rechts. Wenn man es austauschen will, muss man etwas Besseres anbieten können, und das braucht nach aller Erfahrung seine Zeit."⁷³⁰

Aus diesem Grund wurden im Rahmen der Diskussion auch eigene Reformentwürfe veröffentlicht, die bei Bevorzugung der „kleinen Lösung“ lediglich die Umsetzung der notwendigen Änderungen durch das europäische Gemeinschaftsrecht bei Beibehaltung der bisherigen Regelungen des BGB bevorzugten.⁷³¹ Andere wiederum akzeptierten die aufgrund der Zeitnot folgenden Mängel im Reformwerk in einer Art fatalistischen Haltung: *„Es geht ja insgesamt nicht um ein wirkliches Jahrhundertwerk wie seinerzeit bei der Schaffung des BGB, sondern um eine begrenzte Reform, die in wichtigen Punkten auf den gründlichen Vorarbeiten der Schuldrechtsreform-Kommission aufbaut. [...] Das BGB wird nach allgemeiner Ansicht über längere Zeit eine Baustelle bleiben.*"⁷³²

In der Diskussion gab es aber auch genügend Befürworter innerhalb der Wissenschaft und Literatur, die die Notwendigkeit einer Reform des BGB über die unzweifelhaft enthaltenen Unzulänglichkeiten der Reform stellten.⁷³³

Die gesamte Entwicklung des Reformvorhabens auch nur im Überblick darzustellen, würde den Rahmen sprengen. Es ist auch nicht möglich, die folgenden Haftungsgrundlagen nach dem neuen Schuldrecht mit den jeweiligen Problemen dezidiert darzustellen. Es kann nur die Darstellung der Änderungen gegenüber dem alten Recht sowie das Anreißer von Problemen geleistet werden. Nur das eigentliche Thema dieser Arbeit, nämlich die Pflichtverletzung und das Verschulden einschließlich der sich ergebenden Abweichungen vom alten Recht, werden ausführlich und tiefgehend behandelt werden.

⁷³⁰ Altmeppen, DB 2001, S. 1133.

⁷³¹ Vgl. Ernst/Gsell, ZIP 2000, S. 1462 ff.

⁷³² Hänlein, DB 2001, S. 854.

⁷³³ So z.B. Canaris, DB 2001, S. 1815 ff; Westermann, JZ 2001, S. 542; Helldrich NJW 2001, S. 2522.

Im Rahmen der ersten großen Diskussion zur Schuldrechtsreform Anfang der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts war auch die entgeltliche Geschäftsbesorgung ein Thema. Es gab die Überlegung, wegen der großen Bedeutung des § 675 BGB vor allem für die freien Berufe wie z.B. Ärzte, Architekten und Anwälte, aber auch für Bankgeschäfte diese eigenständig und ausführlich zu regeln. Die Kommission ließ folgende Fragen durch den Sachverständigen Prof. Dr. Musielak prüfen:

- Sollen die Geschäftstypen, die als entgeltliche Geschäftsbesorgung anzusehen sind, als eigenständige Schuldverhältnisse geregelt werden?
- Welche Regelungen aus dem Auftragsrecht, dem Dienstvertragsrecht und dem Werkvertragsrecht sind dabei zu übernehmen und wie wäre der Vertragstyp „entgeltliche Geschäftsbesorgung“ gegen diese Schuldverhältnisse abzugrenzen?
- Ist es notwendig, spezielle Regelungen für bestimmte Arten der entgeltlichen Geschäftsbesorgung in das Gesetz aufzunehmen?⁷³⁴

Um diese Fragen beantworten zu können, wurden die bestehenden Regeln des BGB durch Musielak anhand einzelner Berufsgruppen hin überprüft, so auch der Anwaltsvertrag.⁷³⁵ Für diesen kommt er zu dem Ergebnis, dass die bestehenden gesetzlichen Regelungen, ergänzt durch die speziellen berufsrechtlichen Normen der BRAO und BORA, mit ihrer Ausgestaltung durch Lehre und Rechtsprechung vollkommen ausreichend sind und ein spezieller „Anwaltsvertrag“ nicht notwendig ist.⁷³⁶

Insgesamt folgert Musielak, dass eine Änderung oder Neuerung der bestehenden Regeln, mit Ausnahme einiger Einzelheiten, nicht notwendig

⁷³⁴ Musielak, in Gutachten und Vorschläge zu Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, S. 1215.

⁷³⁵ Siehe dazu Musielak, in Gutachten und Vorschläge zu Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, S. 1263 ff.

⁷³⁶ Musielak, in Gutachten und Vorschläge zu Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, S. 1266.

ist und das geltende Recht auch den Ansprüchen der modernen Zeit gerecht wird.⁷³⁷

Dennoch hat Musielak einen Gesetzesvorschlag für einen „Sachwaltervertrag“ gemacht, der im Wesentlichen das bestehende Recht beibehält und nur einige Präzisierungen enthielt, die bestehende Streitfragen beseitigen sollten.⁷³⁸

2. Der Tatbestand der Pflichtverletzung § 280 I BGB n.F.

a) Allgemeines

Durch die Schuldrechtsreform wurde das System der Leistungsstörung erheblichen, vor allem systematischen Veränderungen unterzogen. Ganz wesentlich ist die Neuerung, dass für die Haftung wegen einer Leistungsstörung nunmehr eine zentrale Anspruchsgrundlage gegeben ist, nämlich § 280 BGB n.F.. Diese Norm ist neben § 311a BGB n.F. (für die anfängliche Unmöglichkeit) die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz.⁷³⁹

Der Gesetzgeber hat sich bei der Reform des Leistungsstörungsrecht dazu entschlossen, den zentralen Begriff der Pflichtverletzung in § 280 I BGB n.F. einzuführen. Damit sollen sämtliche Fälle erfasst werden, in welchen das vom Schuldner Geleistete rein objektiv hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses zurückbleibt.⁷⁴⁰ Davon werden nach der Intention des Gesetzgebers sämtliche Fälle der bisher in einzelnen Anspruchsgrundlagen geregelten Leistungsstörungen erfasst, wie z.B.

⁷³⁷ Musielak, in Gutachten und Vorschläge zu Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, 1267 f.

⁷³⁸ Dazu Musielak, in Gutachten und Vorschläge zu Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 2, 1308, S. 1310 ff..

⁷³⁹ Vgl. nur BT-Drucksache 14/6040, S. 135; AnwaltKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 32; Palandt^{61E}/Heinrichs, § 280 Rdnr. 2; Huber/Faust, S. 65; Schmidt-Räntsch, Rdnr. 316; Magnus, S. 69.

⁷⁴⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 134.

Verzug, Sach- und Rechtsmangel, Unmöglichkeit sowie Verletzung von Nebenleistungs- und Nebenpflichten.⁷⁴¹

Als zentraler Begriff wurde durch den Gesetzgeber die „Pflichtverletzung“ gewählt. Er entschied sich damit gegen den von U. Huber bevorzugten Begriff der Nichterfüllung⁷⁴², in Anlehnung an das UN-Kaufrecht.⁷⁴³ Der Pflichtverletzung wurde deshalb der Vorzug gegeben, weil der Begriff der Nichterfüllung im deutschen Recht bereits eine vorgegebene Bedeutung habe, die gegenüber der Pflichtverletzung enger sei. Da aber eine Art Generalklausel für den Schadensersatz geschaffen werden sollte, die alle denkbaren Leistungsstörungen umfasst, wurde stattdessen die Pflichtverletzung gewählt, ohne dass dies aber ein Unterschied in der Sache, sondern nur in der Terminologie sein sollte.⁷⁴⁴ Als allgemeiner, abstrakter und umfassender Begriff wurde deshalb im Anschluss an Diederichsen der Begriff der Pflichtverletzung gewählt.⁷⁴⁵

Gegen die vorab geübte Kritik⁷⁴⁶ am Begriff der Pflichtverletzung argumentiert der Gesetzgeber in der Begründung wie folgt:

„Mit der Pflichtverletzung beschreibt die Schuldrechtskommission das Gleiche wie Huber im Vorschlag aus seinem Gutachten [...] mit dem Begriff der Nichterfüllung. In beiden Fällen ist Voraussetzung für eine Schadensersatzhaftung des Schuldners, dass er hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses zurückgeblieben ist. [...] In beiden Fäl-

⁷⁴¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 92; 134 f.

⁷⁴² U. Huber, in Gutachten und Vorschläge zu Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, S. 699 ff.

⁷⁴³ BT-Drucks. 14/6040, S. 133; U. Huber, JZ 2000, S. 2273 ff, wobei zu beachten ist, dass U. Huber nicht den Begriff der Unmöglichkeit propagiert, sondern vor allem davor warnt, in Anlehnung an die Begriffsjurisprudenz einen Rechtsbegriff (non-performance) aus einem fremden Recht (Einheitskaufrecht) herauszunehmen und in das eigene System einzufügen, ohne die weiteren Rahmenbedingungen ebenfalls mit zu übernehmen (S. 2279).

⁷⁴⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 133.

⁷⁴⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 133; Diederichsen, AcP 182, S. 117 ff.

⁷⁴⁶ Vgl. nur U. Huber JZ 2000, S. 2273 ff; Stoll, JZ 2001, S. 593 ff.

len ist gleichgültig, ob die Leistung ganz oder teilweise auf Dauer ausbleibt oder in zeitlicher oder qualitativer Hinsicht Defizite aufweist.

Pflichtverletzung und Nichterfüllung umfassen auch die Verletzung von Schutz- oder sonstigen Nebenpflichten. Dieser rein objektive Inhalt des Tatbestandes der Pflichtverletzung erschließt sich vielen Rechtsanwendern nicht, weil sie vor allem mit dem Wortteil der „Verletzung“ des Begriffs Pflichtverletzung unwillkürlich einen Verschuldensvorwurf verbinden, der damit aber nicht angesprochen wird.⁷⁴⁷

Da aber vom Begriff der Nichterfüllung der Verzug oder die Schlechtleistung nicht erfasst wird, hat der Gesetzgeber diesen Einwand nicht berücksichtigt. Auch den Einwand in der Sache, dass mit der Pflichtverletzung die „Archetypen“ Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung zusammengefasst würden, hat den Gesetzgeber nicht zu einer Abkehr bewegt.⁷⁴⁸

Nach Ansicht des Gesetzgebers hat § 280 I BGB n.F. folgenden Sinn und Inhalt:

- § 280 BGB ist neben § 311a BGB die einzige Anspruchsgrundlage für vertraglichen Schadensersatz.⁷⁴⁹
- Er greift „unmittelbar und allein ein, wenn es um die Haftung auf einfachen Schadensersatz wegen der Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis geht. Hiervon gibt es zwei Gruppen von Ausnahmen. In beiden Fallgruppen müssen zusätzliche Anforderungen vorliegen, die in den §§ 281 – 286 geregelt werden.“⁷⁵⁰ Die erste Fallgruppe ist der Schadensersatz wegen Verzögerung in § 286, die zweite der Schadensersatz statt der Leistung, der nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 280 III BGB gegeben ist.

⁷⁴⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 134.

⁷⁴⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 134.

⁷⁴⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

⁷⁵⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

- § 280 soll die bisherige Regelung der §§ 280 – 286 BGB a.F. sowie in Verbindung mit den §§ 281 – 283 BGB n.F. die §§ 325, 326 BGB a.F. und die Rechtsinstitute der c.i.c und pFv ersetzen.⁷⁵¹

Nach der Intention des Gesetzgebers umfasst § 280 I 1 BGB n.F. folgende Schadensersatzansprüche:

- Sämtliche Ansprüche auf Ersatz des Schadens, die wegen der Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis entstehen.⁷⁵²
- Mit Schuldverhältnis sind zunächst Verträge gemeint, aber auch die gesetzlichen Schuldverhältnisse, einseitige (z.B. das Vermächtnis) und die Fälle der bisherigen c.i.c., wie sich aus der Regelung des § 311 II, III BGB n.F. ergibt.⁷⁵³
- Es werden sämtliche Verletzungen von Schuldnerpflichten erfasst, womit ein objektiv nicht dem Schuldverhältnis entsprechendes Verhalten des Schuldners gemeint ist.⁷⁵⁴
- Die Bestimmung des § 280 I 1 BGB n.F. ist rein objektiv und hat mit dem vertreten Müssen nichts zu tun; dieses ist erst in § 280 I 2 BGB n.F. geregelt und von der Pflichtverletzung streng zu unterscheiden.⁷⁵⁵
- In § 280 I 2 BGB wird geregelt, dass eine Haftung nur dann begründet ist, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. Dabei ergibt sich aus dem Wortlaut des § 280 I 2 BGB n.F., dass das Vertretenmüssen bei gegebener Pflichtverletzung vermutet wird.⁷⁵⁶
- Die Absätze 2 und 3 des § 280 BGB n.F. regeln die zusätzlichen Voraussetzungen für Verzug und Schadensersatz statt der Leistung.

⁷⁵¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

⁷⁵² BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

⁷⁵³ BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

⁷⁵⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

⁷⁵⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

⁷⁵⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 136.

Aus den Neuregelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts ergeben sich vielfältige Probleme, die einer gründlichen Untersuchung bedürfen. Als Beispiele seien nur die Fragen der Mangel- und Mangelfolgeschäden oder der Abgrenzung von „einfachem“ Schadensersatz und „Schadensersatz statt der Leistung“ genannt.⁷⁵⁷

Im Folgenden werden nur die grundsätzlichen Regelungen des § 280 I BGB n.F. bezüglich der Dienst- und Geschäftsbesorgungsverträge untersucht.

In der bisher erschienenen Literatur zur Schuldrechtsreform stellt sich die zentrale Schadensersatznorm des § 280 BGB wie folgt dar:

Im Tatbestand der Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis wird allgemein ein „zentraler Baustein“⁷⁵⁸ des neuen Leistungsstörungenrechts gesehen, der „im bisherigen Recht kein Vorbild“⁷⁵⁹ hat. In Anlehnung an das UN-Kaufrecht wurden die bisher in einzelnen Tatbeständen geregelten Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug, Schlechtleistung) in einem zentralen Tatbestand zusammengefasst, der als Generalklausel sämtliche Störungen im vertraglich begründeten Leistungsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner erfasst.⁷⁶⁰

Damit sind sämtliche denkbaren Pflichtverstöße umfasst, ohne zwischen Hauptleistungspflichten, Nebenleistungspflichten oder nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten zu unterscheiden.⁷⁶¹ Die jeweils konkreten Pflichten, die der Schuldner im Sinne eines objektiv zu erfüllenden Programms zu erfüllen hat, ergeben sich aber nicht selbst aus § 280 BGB n.F., son-

⁷⁵⁷ AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 34 ff.

⁷⁵⁸ AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 1.

⁷⁵⁹ AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 1.

⁷⁶⁰ Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 1; Bamberger/Roth/Grüneberg, § 280 Rdnr. 1; AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 10; Palandt⁶²/Heinrichs, § 280 Rdnr. 2.

⁷⁶¹ Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 8; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 5, 6; Palandt⁶²/Heinrichs, § 280 Rdnr. 12.

dern aus den für das jeweilige Schuldverhältnis maßgebenden speziellen Normen (z.B. Kauf-, Miet- oder Werkvertrag).⁷⁶²

Im Einklang mit dem Gesetzgeber wird durchwegs anerkannt, dass mit dem Begriff der Pflichtverletzung nur ein rein objektiv zu bestimmendes Tatbestandsmerkmal vorliegt, das mit dem Verschulden nichts zu tun hat und von diesem streng zu trennen ist.⁷⁶³

Einigkeit herrscht auch darüber, dass mit § 280 I BGB die bisher nicht kodifizierte pFv jetzt durch den Gesetzgeber normiert wurde, der Begriff der Pflichtverletzung aber über die Fälle der pFv hinausgeht und insoweit wesentlich weiter gefasst ist.⁷⁶⁴ Von § 280 I BGB werden sämtliche Pflichtverletzungen des Schuldverhältnisses umfasst, wobei es nicht darauf ankommt, ob eine Haupt- oder Nebenpflicht, eine Leistungs- oder Schutzpflicht betroffen ist.⁷⁶⁵ Diese Interpretation ist sinnvoll, da der Gesetzgeber eine zentrale Haftungsnorm schaffen wollte, die vollumfänglich jedwede Leistungsstörung, von der Unmöglichkeit über die Gewährleistungsrechte bis hin zu den Schutzpflichten, umfassen soll.⁷⁶⁶

Eine gute Zusammenfassung der Ziele des Gesetzgebers findet sich bei Dauner-Lieb:

„Im Mittelpunkt des allgemeinen Leistungsstörungsrechts steht künftig – wie schon im Entwurf der Schuldrechtskommission – der Begriff der Pflichtverletzung (§ 280 BGB). Der einheitliche Grundtatbestand, auf dem die Rechte des Gläubigers wegen einer Leistungsstörung aufbauen, besteht in der Verletzung einer Pflicht. Der Begriff der Pflichtverletzung soll

⁷⁶² Palandt⁶²/Heinrichs, § 280 Rdnr. 12.

⁷⁶³ Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 8; AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 13; Schmidt-Räntsch, Rdnr. 318.

⁷⁶⁴ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 280 Rdnr. 12; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 1; AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 32; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 8; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 5.

⁷⁶⁵ Schmidt-Räntsch, Rdnr. 320.

⁷⁶⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

*nur das objektive Zurückbleiben hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses bezeichnen; es komme nicht darauf an, ob dem Schuldner die Pflichtverletzung vorgeworfen werden könne. Ebenso wenig von Bedeutung sei, auf welchen Gründen die Pflichtverletzung beruhe und welche Folgen sie habe; der Begriff der Pflichtverletzung soll alle Leistungsstörungen abdecken: Unmöglichkeit, Verzögerung, mangelnde Leistung sowie Verletzung leistungsbezogener oder leistungsbegleitender Nebenpflichten.*⁷⁶⁷

*„...verankert ist ein weiteres prägendes Strukturprinzip des neuen Schuldrechts, das man schlagwortartig als Sicherung des Vorrangs des Erfüllungsanspruchs durch Fristsetzung bezeichnen könnte.*⁷⁶⁸

In § 280 I 2 BGB n.F. hat der Gesetzgeber die ehemalige Regelung des § 282 BGB a.F. zum allgemeinen Prinzip erhoben. Aus der Formulierung ergibt sich, dass das vertretene Müssen des Schuldners bei Vorliegen einer Pflichtverletzung vermutet wird (*„Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat“*).

Nach alledem steht fest, dass der Haftungsgrund der Pflichtverletzung jedes Zurückbleiben der Schuldnerleistung hinter den vertraglichen Verpflichtungen umfasst und zu einer Haftung dem Grunde nach führt, soweit der Schuldner nicht nachweisen kann, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Eine Differenzierung nach den einzelnen Arten der Leistungsstörung wie Verzug, Unmöglichkeit oder Schlechterfüllung erfolgt somit innerhalb des Grundtatbestandes nicht. Allerdings hat der Gesetzgeber in § 280 II, III BGB n.F. für den Ersatz von Schaden aus bestimmten Pflichtverletzungen weitere Anforderungen aufgestellt. So kann der Gläubiger seinen Schaden wegen verzögerter Leistung nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 280 II BGB n.F. iVm § 286 BGB n.F. verlangen.

⁷⁶⁷ AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 13.

⁷⁶⁸ AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 24.

In § 280 III BGB n.F. schreibt der Gesetzgeber fest, dass Schadensersatz statt der Leistung nur unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 281 – 283 BGB n.F. gefordert werden kann. Mit der Formulierung des Schadensersatzes statt der Leistung ist primär der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach altem Recht gemeint.⁷⁶⁹ Dieser war z.B. in den §§ 325, 236, 463 BGB a.F. geregelt und ging auf das positive Interesse. Die neue Regelung des § 280 III BGB n.F. soll dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz geben, wenn er die Leistung, möglicherweise auch nur noch z.T. erfüllbar, ablehnt.⁷⁷⁰

Dies ist allerdings nur unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 281 – 283 BGB n.F. möglich. Der Gesetzgeber möchte den Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nicht mehr verwendet haben, da der Schadensersatz statt der Leistung nicht an die Stelle der Erfüllung, sondern an die Stelle der primär geschuldeten Leistung, die nicht mehr verlangt werden kann, tritt; vielmehr bedeutet auch die Leistung von Schadensersatz Erfüllung (nämlich der auf Schadensersatz gerichteten Verbindlichkeit).⁷⁷¹

Interessant an den neuen Leistungsstörungen der §§ 280 ff BGB n.F. ist vor allem, dass sich die anzuwendenden Normen für einen bestimmten Lebenssachverhalt nunmehr vor allem aus den gewünschten Rechtsfolgen ergeben. Möchte der Gläubiger die Primärleistung weiterhin vom Schuldner erfüllt haben, kann er dennoch seinen nebenher entstehenden Schaden nach § 280 BGB n.F. liquidieren. Die Regelung des Schadensersatzes neben der weiter geltenden Leistungspflicht soll dem „Integritätsinteresse“⁷⁷² des Gläubigers dienen. Will er dagegen ein weiteres Tätigwerden des Schuldners nicht mehr, so kann er unter den Voraussetzungen der §§ 280 III, 281 – 283 BGB n.F. den Erfüllungsanspruch von der Primärleistung auf Schadensersatz umleiten.

⁷⁶⁹ AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 36.

⁷⁷⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 136.

⁷⁷¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 137; so bereits Himmelschein, AcP 135, S. 276.

⁷⁷² So Zugehör, Rdnr. 140.

Für diejenigen Vertragsarten, die keine Gewährleistungsnormen beinhalten, wie z.B. der Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag, wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass hier ein Schadensersatz wegen Schlechterfüllung einer Hauptleistungspflicht nur nach § 280 I BGB n.F. in Frage kommt, nicht aber nach den §§ 280 III, 281 – 283 BGB n.F.⁷⁷³

Auf den ersten Blick erscheint diese Aussage als zu verallgemeinernd und vor allem bedenklich. Die Hauptgruppen der bisherigen pFv sind die Schlechtleistung einer Hauptleistungspflicht und die Verletzung einer Nebenleistungspflicht bzw. einer Nebenpflicht (s.o.). Nimmt man den Wortlaut z.B. des § 281 I 1 BGB, so ist darin die Schlechterfüllung einer Haupt- bzw. Nebenleistungspflicht angesprochen, da auch dieser Tatbestand nicht zwischen beiden Pflichtenarten unterscheidet.⁷⁷⁴

Verletzt der Anwalt somit eine dieser Pflichten, hätte nach dem ersten Anschein der Mandant die Möglichkeit, entweder den einfachen Schadensersatz nach § 280 I BGB n.F. oder aber Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 I BGB n.F. geltendzumachen, vorausgesetzt, er hat den Anwalt nach § 281 IV BGB n.F. abgemahnt.

Bei der Beurteilung dieser Fälle ist aber zu beachten, dass in § 281 I 1 BGB n.F. von einer fälligen Leistung gesprochen wird, womit gemeint ist, dass die Leistungsstörung noch behoben werden kann.⁷⁷⁵ Ist die Schlechterfüllung nicht mehr behebbar, kommt die Regelung des § 281 BGB n.F. schon nach deren Sinn und Zweck nicht zu Anwendung. Dieser beinhaltet das maßgebliche Prinzip der neuen Regelungen, dass die Erhaltung des Primäranspruchs Vorrang vor Schadensersatz statt der Leistung hat, weshalb eine Fristsetzung bzw. Abmahnung notwendig ist.

⁷⁷³ Vgl. nur Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 11, AnwKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 61; Palandt⁶¹/Heinrichs, § 280 Rdnr. 16; Gsell, in Jb.J.ZivRWiss 2001, S. 105; Bamberger/Roth/Grüneberg, § 280 Rdnr. 16.

⁷⁷⁴ AnwKomm/Dauner-Lieb, § 281 Rdnr. 8.

⁷⁷⁵ Erman¹¹/H.P. Westermann, § 281 Rdnr. 1; Schmidt-Räntsch, Rdnr. 332.

Angesichts der Tätigkeit des Anwalts, welche im Allgemeinen im Rahmen eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages erbracht wird, erscheint diese Konstellation kaum, allenfalls theoretisch, möglich.

Berät der Anwalt seinen Mandanten falsch, wird sich dies in den allermeisten Fällen erst herausstellen, wenn bereits ein Schaden eingetreten ist. Dann ist aber eine Korrektur der Pflichtverletzung nicht mehr möglich, so dass § 281 I BGB n.F. nicht mehr anwendbar ist. Für die bisher durch die pFv abgedeckten ersatzpflichtigen Schäden wird somit grundsätzlich § 280 I BGB n.F. einschlägig sein. Ob im Einzelfall etwas anderes möglich ist, soll später untersucht werden. Hier interessiert zunächst nur die Grundnorm.⁷⁷⁶

Zugehör geht unter Zugrundelegung der Gesetzesbegründung⁷⁷⁷ davon aus, dass auch für den Anwaltsdienstvertrag in Anlehnung an die Unterscheidung von Mangel- und Mangelfolgeschaden differenziert werden muss und von § 280 I 1 BGB n.F. lediglich diejenigen Schäden erfasst werden, die „- über das Interesse des Geschädigten an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Schuldverhältnisses hinaus – an anderen Rechtsgütern des Geschädigten, etwas in dessen Vermögen entstanden ist („Mangelfolgeschaden = Schaden außerhalb des Leistungsgegenstandes“).“⁷⁷⁸

Nach Zugehör sind damit alle Vermögensschäden des Mandanten aus § 280 I 1 BGB n.F. zu ersetzen, da er sie als „Mangelfolgeschäden“ ansieht, solange diese außerhalb des Leistungsgegenstandes liegen.⁷⁷⁹ Begründet wird diese Ansicht damit, dass durch den Eintritt z.B. der Verjährung die Nacherfüllung der Anwaltspflicht nach den §§ 280 III, 281 BGB n.F. nicht mehr möglich ist. Es liegt nach Zugehör ein Fall der nachträglichen Un-

⁷⁷⁶ Zur Anwendung anderer Normen als § 280 I BGB siehe später unter D II. 3) ff.

⁷⁷⁷ BR-Drucks. 338/01, S. 305, 307, 526.

⁷⁷⁸ Zugehör, Rdnr. 141.

⁷⁷⁹ Zugehör, Rdnr. 147; als Beispiel führt er das verjähren Lassen von Ansprüchen an.

möglichkeit bzw. des Schadensersatzes statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht nach § 283 BGB n.F. vor.⁷⁸⁰

b) Die Tatbestandsvoraussetzungen im Besonderen

Der neue Tatbestand des § 280 I BGB n.F. ersetzt die bisher nicht gesetzlich explizit geregelte Rechtsfigur der positiven Forderungsverletzung, ist aber weiter als diese, da auch die Fälle des Verzuges und der bisherigen Unmöglichkeit umfasst werden⁷⁸¹ (s.o.).

Von § 280 I BGB n.F. werden alle Verträge umfasst, gleichgültig ob synallagmatisch oder nicht, entgeltlich oder unentgeltlich, gesetzlich oder im Rahmen der Vertragsfreiheit vereinbart.⁷⁸² Es werden auch alle Schäden umfasst, die auf der Verletzung einer vor- oder nachvertraglichen Pflicht beruhen, also das sich anbahnende Vertragsverhältnis beeinträchtigen oder gefährden bzw. nachträglich den Vertragszweck gefährden oder dem Gläubiger die erlangten Vorteile wieder nehmen.⁷⁸³

(1) Die Pflichtverletzung

Durch den Begriff der Pflichtverletzung werden sämtliche Arten von Verstößen gegen Pflichten aus dem Schuldverhältnis erfasst, also Hauptpflichten, Nebenleistungs- und Nebenpflichten sowie Fürsorge-, Schutz- und Aufklärungspflichten, gleichgültig ob vertraglich oder gesetzlich.⁷⁸⁴

⁷⁸⁰ Zugehör, Rdnr. 147.

⁷⁸¹ MünchKomm⁴/Ernst, Bd. 2a, § 280 Rdnr. 9; Palandt^{61E}/Heinrichs, § 280 Rdnr. 5; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 5.

⁷⁸² Palandt^{61E}/Heinrichs, § 280 Rdnr. 6, 9; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 2; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 5, 6.

⁷⁸³ BGH NJW-RR 1990, S. 142; Palandt^{61E}/Heinrichs, § 280 Rdnr. 7.

⁷⁸⁴ BT-Drucks. 14/6040 S. 135,136; Palandt^{61E}/Heinrichs, § 280 Rdnr. 12; Magnus, S. 70.

Die einzelnen Pflichten folgen nicht aus § 280 I BGB n.F. selbst, sondern richten sich nach den einzelnen Vereinbarungen der Parteien und sekundär nach dem Gesetz. Insbesondere die Regelungen über die Gewährleistung bei Kauf- und Werkvertrag gehen als speziellere Normen dem allgemeinen Haftungstatbestand der Pflichtverletzung vor.⁷⁸⁵

Bei Verträgen ohne besondere Gewährleistungsvorschriften gilt als Haftungsnorm grundsätzlich § 280 I BGB n.F., somit insbesondere auch für den Dienst- und Geschäftsbesorgungsvertrag.⁷⁸⁶ Auch bei diesen Verträgen ist die Verletzung einer Hauptpflicht umfasst.⁷⁸⁷ Es kommt für die Tatbestandserfüllung nach dem Wortlaut und dem Sinn der Regelung nicht darauf an, wie eine Pflicht verletzt wird, nämlich gar nicht, teilweise, schlecht oder nicht rechtzeitig.⁷⁸⁸

Die Anlage des Tatbestands der Pflichtverletzung ist vom Gesetzgeber so umfassend wie möglich gedacht und setzt für dessen Erfüllung lediglich – im Bezug auf Leistungspflichten – eine Beeinträchtigung der Leistungsinteressen des Gläubigers voraus.⁷⁸⁹ Nach der Anlage des Gesetzes ist es im Bezug auf die Pflichtverletzung aber derart gestaltet, dass es für die Erfüllung des Tatbestandes nicht auf eine Verursachung durch den Schuldner oder den Gläubiger ankommt, sondern sogar ein nicht zu beeinflussendes Naturereignis Ursache sein kann und der Tatbestand dennoch erfüllt ist.⁷⁹⁰

⁷⁸⁵ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 280 Rdnr. 15.

⁷⁸⁶ Palandt^{61E}/Heinrichs, § 280 Rdnr. 16; Bamberger/Roth/Grüneberg, § 280 Rdnr. 15; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 13, 44.

⁷⁸⁷ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 280 Rdnr. 16; Palandt^{61E}/Heinrichs, § 280 Rdnr. 16; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 11; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Medicus, Kapitel 3 Rdnr. 119; a.A. MünchKomm⁴/Emmerich, Vor § 275 Rdnr. 236, der beim Dienstvertrag für die Schlechtleistung der Hauptleistungspflicht ein Minderungsrecht des Gläubigers bevorzugt. Diese Ansicht ist nach der Schuldrechtsreform allerdings nicht mehr haltbar, da für eine Analogie keine Regelungslücke mehr besteht.

⁷⁸⁸ Magnus, S. 72; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 5.

⁷⁸⁹ MünchKomm⁴/Ernst, Bd. 2a, § 280 Rdnr. 12.

⁷⁹⁰ MünchKomm⁴/Ernst, Bd. 2a, § 280 Rdnr. 12.

Dies folgt daraus, dass als Pflichtverletzung auch der Verzug, die Nichtleistung und der Sachmangel miteinbezogen sind, wobei es für Letzteres nicht auf einen Einfluss der Vertragsparteien auf das Entstehen des Mangels ankommt.⁷⁹¹ Ernst fasst diese auf den ersten Blick erstaunliche Gesetzeswirkung wie folgt zusammen:

*„Indem das Gesetz diese Umstände (objektive Störungen) als Pflichtverletzungen bezeichnet, entfernt es sich freilich von einem Verständnis des Begriffs, wie ihn die Alltagssprache nahe legt: Die Pflicht, von der man hier allenfalls sprechen kann, ist die Leistungspflicht des Schuldners. Die ‚Verletzung‘ enthält aber nicht das Urteil, es sei einer Verhaltenspflicht zuwider gehandelt worden, sondern lediglich die Feststellung, dass der Gläubiger das, was er dem Schuldverhältnis zufolge erhalten soll, nicht (nicht rechtzeitig, nicht vollständig, nur in mangelhafter Beschaffenheit) erhalten hat. Die Eigentümlichkeit des gesetzlichen Sprachgebrauchs ist hinzunehmen.“*⁷⁹²

Ernst führt in seiner Kommentierung auch eine andere Sicht des neuen § 280 I 1 BGB n.F. an, nämlich die verhaltensbezogene Auffassung. Nach dieser Ansicht kommt eine tatbestandliche Pflichtverletzung nur dann in Betracht, wenn der Schuldner durch ein Verhalten von dem vertraglichen Pflichtenprogramm abweicht.⁷⁹³ Diese Ansicht hat den Vorteil, dass eine möglichst exakte Subsumtion möglich ist und die Pflichtverletzung als einheitlicher Leistungsstörungstatbestand tauglich wird.⁷⁹⁴ Allerdings ist nach Meinung von Ernst festzuhalten, dass diese Ansicht dem Gesetz nicht zugrunde liegt und vom Gesetzgeber so auch nicht vorgesehen war.⁷⁹⁵

⁷⁹¹ MünchKomm⁴/Ernst, Bd. 2a, § 280 Rdnr. 12.

⁷⁹² MünchKomm⁴/Ernst, Bd. 2a, § 280 Rdnr. 12.

⁷⁹³ MünchKomm⁴/Ernst, Bd. 2a, § 280 Rdnr. 15.

⁷⁹⁴ MünchKomm⁴/Ernst, Bd. 2a, § 280 Rdnr. 15.

⁷⁹⁵ MünchKomm⁴/Ernst, Bd. 2a, § 280 Rdnr. 15; in den bisher – erwähnenswert – erschienen Kommentaren und Lehrbüchern zum neuen Schuldrecht wird erstaunlicherweise – mit Ausnahme von Ernst – zu dieser Problematik nicht Stel-

Dem ist m.E. nicht zuzustimmen. Der Gesetzgeber hat – möglicherweise etwas unreflektiert – zum neuen Haftungstatbestand des § 280 BGB n.F. ausgeführt, dass es für die Pflichtverletzung nur darauf ankommt, dass die Leistung des Schuldners rein objektiv hinter dem zurückbleibt, was er schuldet.⁷⁹⁶ In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass der neue Tatbestand eine Fortentwicklung der bisherigen pFv darstellt und nunmehr alle Varianten der Leistungsstörung umfassen soll.⁷⁹⁷ Dass die Pflichtverletzung aber unabhängig von einer Handlung des Schuldners sein soll, ist nach meiner Lesart den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen. Vielmehr ist der Wille erkennbar, dass zwar ein umfassender Haftungsgrund als Fortentwicklung des Gedankens der pFv geschaffen werden soll, eine grundlegende Systemänderung für die Haftung als solche aber nicht erkennbar ist.

Die Tatsache, dass für die Schadenshaftung im bisherigen deutschen Schuldrecht immer eine Handlung des Schuldners notwendig war, kann als allgemeine Meinung und grundlegendes Prinzip bezeichnet werden.⁷⁹⁸ Eine Haftung auf Schadensersatz für reinen Zufall und für unbeeinflussbare Zustände gibt es nicht, selbst in der Gefährdungshaftung nicht, wie der neue § 7 II StVG zeigt, welcher die Haftung für höhere Gewalt, wie z.B. Naturereignisse, ausschließt.

Deshalb ist es m.E. nicht angezeigt, die strenge Sichtweise in Bezug auf § 280 I 1 BGB n.F., sondern die zweite Alternative von Ernst anzuwenden, die verhaltensbezogen eine Handlung bzw. ein Unterlassen des

lung genommen; vgl. Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, § 2 Rdnr. 32 ff; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Medicus, Kapitel 3 Rdnr. 119 ff; Lorenz/Riehm, Rdnr. 173; Huber/Faust, Kapitel 3 Rdnr. 5 ff; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 8 ff; Bamberger/Roth/Grüneberg, § 280 Rdnr. 11 ff; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 10 ff..

⁷⁹⁶ BT-Drucks. 14/6040 S. 93, 94.

⁷⁹⁷ BT-Drucks. 14/6040 S. 93.

⁷⁹⁸ Vgl. nur Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 18, 21; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 19.

Schuldners voraussetzt. Sowohl die Gesetzesbegründung als auch Sinn und Zweck der Norm sowie die Handhabbarkeit des Gesetzes sprechen für dieses Verständnis.

Die erste Variante konsequent durchdacht würde sich auch ein nicht mehr zu rechtfertigendes Haftungsrisiko für die Leistungspflichten ergeben. Im Tatbestand wäre zu prüfen, ob objektiv ein Zurückbleiben hinter dem vertraglichen „Soll“ vorliegt, unabhängig von einer ursächlichen Handlung des Schuldners. Durch den Erfolg wäre die Pflichtwidrigkeit nach h.M.⁷⁹⁹ indiziert und das Verschulden würde nach § 280 I 2 BGB n.F. vermutet, eine Katastrophe für den Schuldner und ein Kinderspiel für jeden Anwalt, eine Haftungsklage einzureichen. Dieser müsste nur vortragen, es sei ein schädigender Erfolg eingetreten ist, der Rest würde indiziert oder vermutet, so dass der Schuldner alles andere behaupten und beweisen müsste, nämlich die fehlende Pflichtwidrigkeit und das fehlende Verschulden, was für ersteres auch nach neuem Recht grundsätzlich vom Gläubiger zu beweisen ist. Dies kann nicht richtig sein und ist weder nach dem Gesetzeswortlaut noch nach dem Gesetzgeberwillen oder dem Sinn und Zweck gerechtfertigt.

Allerdings gewinnt die in dieser Arbeit bereits zur pFv vertretene Ansicht, dass sich diese aus objektiver Pflichtverletzung (beurteilt nach einem Höchstmaß an Sorgfalt), Rechtswidrigkeit (als „im Verkehr **erforderliche** Sorgfalt“) und Verschulden (als subjektiver Maßstab) zusammensetzt nochmals an Praktikabilität.⁸⁰⁰

Wenn man den sehr weiten Begriff der Pflichtverletzung – basierend auf einer Handlung – zugrunde legt und durch die ungeschriebene Rechtswidrigkeit als „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ begrenzt, lässt sich eine angemessene und gerechte Haftungsbeurteilung erzielen, bei welcher auch die Darlegungs- und Beweislast in einem adäquaten Verhältnis auf Gläubiger und Schuldner verteilt werden.

⁷⁹⁹ Siehe nur MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2a, § 276 Rdnr. 19.

⁸⁰⁰ Siehe S. 130.

Aus dem oben Gesagten folgt, dass sämtliche oben angeführten Pflichtverletzungen des Anwalts nunmehr unter § 280 I BGB n.F. fallen. Weder aus der Formulierung des § 280 I BGB n.F. noch aus den Gesetzesmaterialien lässt sich etwas Gegenteiliges entnehmen. Der Gesetzgeber wollte die bisherigen Fälle der pFv unter § 280 I 1 BGB n.F. subsumiert wissen, ohne eine Änderung an der Behandlung der jeweiligen Fallkonstellationen vorzunehmen.⁸⁰¹

Für die Pflichten des Anwalts kann somit vollumfänglich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden; es ergibt sich insoweit keine Änderung nach dem neuen Recht. Lediglich die „Hausnummer“ der Haftungsgrundlage hat sich geändert.

Durch die Schaffung der allgemeinen vertraglichen Haftungsgrundlage der Pflichtverletzung in § 280 I 1 BGB n.F. durch den Gesetzgeber stellt sich insbesondere im Bereich der Anwaltshaftung, die im ganz überwiegenden Teil auf Pflichtverletzungen aus dem Mandat beruht, die Frage, was Teil der Tatbestandes ist und was zum vermuteten Verschulden gehört. Ganz unzweifelhaft resultieren aus den obigen Ausführungen, dass sich aus der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eine Vielzahl von Pflichten des Anwalts ergibt und sie somit Gegenstand des Tatbestandes ist. Nach der h.M. stellt die verkehrserforderliche Sorgfalt aber die Definition der Fahrlässigkeit dar und wird deshalb zum Verschulden gezählt.

Daraus folgt, dass sich je nach Zuordnung einzelner Elemente der Sorgfalt zum Tatbestand oder zur Schuld eine ganz erhebliche Verschiebung der Haftungsrisiken ergibt. Erfolgt die Zuordnung zum Tatbestand ist der Gläubiger voll beweisbelastet, wohin bei der Zuordnung zum Verschulden im Wesentlichen alles vermutet wird und nur noch eine Entlastung des Schuldners möglich ist.

Die zweite Alternative führt zu einer Art Gefährdungs-, möglicherweise sogar Garantiehaftung, die aber vom Gesetzgeber so nicht beabsichtigt

⁸⁰¹ BT-Drucks. 14/6040 S. 135, 136.

war und gegen das Grundprinzip der deutschen Verschuldenshaftung verstoßen würde.⁸⁰²

Hier gewinnen auch die Aussagen von Rinsche und Borgmann/Haug zur bisherigen Rechtslage, dass die exakte Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld lediglich „rechtsdogmatisch“⁸⁰³ oder „missverständlich“⁸⁰⁴ sei⁸⁰⁵, an besonderer Bedeutung.

(2) Rechtswidrigkeit

Über die Rechtswidrigkeit innerhalb der § 280 I BGB n.F. hat der Gesetzgeber in der Begründung der neuen Haftungsgrundlage keine Ausführungen gemacht. Er spart diese Komponente der Haftung gänzlich aus und hält sie nicht einmal für erwähnenswert. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass er sich zu diesem Problem keine Gedanken gemacht hat und davon ausging, dass sich durch die Neuregelung insoweit keine Änderungen zum bisherigen Recht ergeben.

Dies sieht auch Schapp so, der sich in seiner Abhandlung zum Begriff der Pflichtverletzung zu folgender Bemerkung veranlasst sah: *„Die Bedeutung einer Lehre von den rechtswidrigen Handlungen als Grundlage des Begriffs der Pflichtverletzung hat den Entwurfsverfassern nicht vor Augen gestanden.“*⁸⁰⁶

⁸⁰² Für eine Haftung im Bereich der Garantiehafung bei professionellen Dienstleistern siehe U. Huber, der in der vertraglichen Übernahme einer Interessenswahrnehmung als Träger professioneller Kompetenz im Vertragsschluss eine Garantieübernahme sieht, begründet auf den Grundsatz „pacta sunt servanda“; so in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, S. 790.

⁸⁰³ Rinsche⁶, Rdnr. I 149.

⁸⁰⁴ Borgmann/Haug³, § 26 Rdnr. 15.

⁸⁰⁵ Zur völlig berechtigten Kritik siehe Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 382.

⁸⁰⁶ Schapp, JZ 2001, S.587.

Die Rechtswidrigkeit gehört unzweifelhaft zu den Voraussetzungen der bisherigen pFv (s.o.). Da diese in der Regelung des § 280 I BGB aufgehen soll, ist auch die Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung innerhalb des Tatbestandes des neuen § 280 I BGB zu prüfen⁸⁰⁷. Dies folgt auch schon daraus, dass im Bereich der vertraglichen Anwaltshaftung als Dienstvertrag die Rechtswidrigkeit nicht gleichbedeutend mit der objektiven Pflichtwidrigkeit ist, sondern für die Rechtswidrigkeit zusätzlich „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ verletzt werden muss.⁸⁰⁸

Es gelten die obigen Ausführungen. Insbesondere im Bereich der Anwaltshaftung als entgeltlichem Geschäftsbesorgungsvertrag muss die Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung vorliegen. Sie ist positiv festzustellen und nicht lediglich indiziert. Ihre Definition liegt in der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ und ist objektiv zu bestimmen. Es gilt allerdings nicht die Anforderung eines optimal Handelnden, sondern nur diejenige, die im Verkehr erforderlich ist, anzuwenden.

(3) Vertretenmüssen

Der Schuldner haftet nur dann für den durch seine rechtswidrige Pflichtverletzung entstandenen Schaden, wenn er diesen zu vertreten hat (§ 280 I 2 BGB n.F.).

Aus der Formulierung ergibt sich bereits, dass der Gesetzgeber eine allgemeine gesetzliche Vermutung des vertreten Müssens bei Vorliegen einer Pflichtverletzung geschaffen hat, somit eine Beweislastumkehr, wie sich aus der Formulierung ergibt.⁸⁰⁹ Der Gesetzgeber hält ausdrücklich am Verschuldensprinzip des bisherigen Rechts fest und macht es zur

⁸⁰⁷ So auch Schapp, JZ 2001, S. 585.

⁸⁰⁸ Siehe S. 136; so auch Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 386.

⁸⁰⁹ BT-Drucks. 14/6040 S. 136; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 16; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 20; AnwaltKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 6 f..

Grundlage der Haftung⁸¹⁰. Der Schuldner soll nunmehr allgemein die Beweislast dafür tragen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Gelingt ihm das nicht, so haftet er.⁸¹¹ Was der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich aus den §§ 276 – 278 BGB n.F.⁸¹²

Nach § 276 BGB n.F. hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Zudem wurde in § 276 I 1 BGB n.F. aufgenommen, dass ein anderer Verschuldensmaßstab gelten kann, soweit die Parteien eine mildere oder strengere Haftung als diese vereinbart haben, oder wenn sich aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere bei Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, etwas anderes ergibt.

Die neue Formulierung des § 276 I 1 BGB n.F. beinhaltet nach dem Willen des Gesetzgebers keine inhaltliche Änderung gegenüber dem bisherigen Recht, allerdings nunmehr kumuliert in einer Norm.⁸¹³ Der Gesetzgeber hält ausdrücklich und unmissverständlich am Prinzip der Verschuldenshaftung des BGB fest⁸¹⁴ und grenzt es bewusst vom angloamerikanischen Recht ab, das prinzipiell von einer Garantiehafung im Vertragsbereich ausgeht.⁸¹⁵

Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Der Entwurf behält das bewährte Verschuldensprinzip des bisherigen § 276 BGB bei. Die vorgenommenen Änderungen beziehen sich allein auf eine ausführlichere Formulierung der Abweichungen, die in dem bisheri-

⁸¹⁰ BT-Drucks. 14/6040 S. 136; Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 16; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 20; AnwaltKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 6 f..

⁸¹¹ BT-Drucks. 14/6040 S. 136.

⁸¹² BT-Drucks. 14/6040 S. 136.

⁸¹³ BT-Drucks. 14/6040 S. 131.

⁸¹⁴ Siehe auch Deutsch, JZ 2002, S.588; Willingmann/Hirse, S. 75.

⁸¹⁵ BT-Drucks. 14/6040 S. 131.

*gen Wortlaut nur durch den Halbsatz ‚sofern nicht ein anderes bestimmt ist‘ angedeutet werden.*⁸¹⁶

Da der bisherige § 279 BGB gestrichen wird, war die Aufnahme der Regelung des Beschaffungsrisikos in § 276 I BGB n.F. notwendig.⁸¹⁷ Zudem sollte die Übernahme einer Garantie als strengerer Maßstab für das vertreten Müssen aufgenommen werden, da die Regelung des § 463 BGB a.F. gestrichen wurde.⁸¹⁸

Die Fahrlässigkeit wurde im neuen § 276 II BGB n.F. ohne Beabsichtigung einer Veränderung gegenüber der bisherigen Regelung in einen eigenen Absatz gefasst.⁸¹⁹

In den Entwürfen für ein neues Schuldrecht in den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts war von U. Huber noch ein neuer § 276a BGB vorgeschlagen worden, in welchem die Fahrlässigkeit gesondert geregelt werden sollte. U. Huber schlug folgende Formulierung vor:

„§ 276 a: Fahrlässigkeit

*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht lässt; die §§ 827, 828 finden Anwendung. Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlicher oder besonders gefährlicher Weise außer acht lässt; das Verhalten muss entweder einen schwerwiegenden persönlichen Vorwurf begründen oder darauf beruhen, dass der Betroffene bei der Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr die üblichen Kenntnisse und Fähigkeiten in besonderem Maß vermissen lässt. Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.*⁸²⁰

⁸¹⁶ BT-Drucks. 14/6040 S. 131.

⁸¹⁷ BT-Drucks. 14/6040 S. 132.

⁸¹⁸ BT-Drucks. 14/6040 S. 132.

⁸¹⁹ BT-Drucks. 14/6040 S. 132.

⁸²⁰ U. Huber, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, S. 792.

Auch in diesem Vorschlag für einen neuen Paragraphen für die Fahrlässigkeit hat U. Huber keine Änderung hinsichtlich der einfachen Fahrlässigkeit vorgesehen und wollte nur die bisherige Geltung übernehmen.⁸²¹

Bemerkenswert ist, dass U. Huber die Formulierung des schwerwiegenden persönlichen Vorwurfes aufnimmt, worin ganz eindeutig eine subjektive Komponente enthalten ist. In den Anmerkungen zu seinem Entwurf der groben Fahrlässigkeit geht U. Huber auch ausdrücklich auf die subjektive Seite ein und hält diese im Rahmen einer gerechten Haftung für unabdingbar.⁸²² Auch der BGH⁸²³ und - ihm folgend - ein Teil der Lehre fordert für die grobe Fahrlässigkeit ein „*subjektiv unentschuldbares Fehlverhalten*“⁸²⁴.

Weshalb nun aber für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit subjektive Umstände eine Rolle spielen dürfen und müssen, für die einfache Fahrlässigkeit aber nicht, ist für den Autor nicht nachvollziehbar, insbesondere deshalb, weil auch durch eine subjektiv verstandene Fahrlässigkeit keine anderen Ergebnisse erzielt werden.

Aus den Ausführungen von U. Huber innerhalb der Reformdiskussion in den 80er Jahren ist zu entnehmen, dass auch hier keine Änderung der Haftung aus Verschulden oder eine Modifizierung der Verschuldenshaftung geplant oder beabsichtigt war.

Nach alledem steht einer Übernahme der oben für das alte Recht gewonnen Erkenntnisse nichts entgegen. Der Gesetzgeber hat an dem im kontinentalen Recht althergebrachten Grundsatz der Verschuldenshaftung

⁸²¹ U. Huber, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, S. 792.

⁸²² U. Huber, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, S. 793.

⁸²³ Schon BGH NJW 1953, S. 1139; NJW 1986, S. 2838.

⁸²⁴ MünchKomm³/Hanau, Bd. 2, § 277 Rdnr. 2; Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 84.

festgehalten⁸²⁵. Die Neuformulierung des § 276 I BGB n.F. wurde nur deshalb notwendig, da bisherige Regelungen – wie die §§ 279, 463 BGB a.F. – gestrichen und deren Regelungen in das neue Konzept der Leistungsstörungen eingebunden wurden.

Auch die Definition der Fahrlässigkeit hat keine Änderung erfahren, sondern lediglich einen eigenen Absatz innerhalb der 276 BGB n.F. erhalten. Der Gesetzgeber hat sich ausweislich der Materialien keine Gedanken über den Inhalt der Fahrlässigkeit gemacht und die bisherige Regelung weder überdacht noch inhaltlich näher bestimmt.

Die Änderungen innerhalb des § 276 BGB n.F. betreffen weder das Prinzip der Verschuldenshaftung noch den Begriff der Fahrlässigkeit, weshalb nichts dagegen spricht, die obigen Ergebnisse für Fahrlässigkeit, Rechtswidrigkeit und Pflichtverletzung auf das neue Recht zu übertragen. Vielmehr spricht vieles dafür, den aufgezeigten Lösungsweg entgegen der h.M. auf das neue Haftungssystem anzuwenden.

Ein wesentlicher Grund für Notwendigkeit der aufgezeigten Änderung der bisherigen h.M. kommt sehr anschaulich in folgenden Kommentierungen zum neuen Schuldrecht zum Vorschein:

„Die Formulierungen in Abs. I S 1 und 2 sind etwas unglücklich insofern, als die Pflichtverletzung, die S 1 als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch verlangt, nach S 2 iVm § 276, der Fahrlässigkeit im wesentlichen mit Sorgfaltspflichtverletzung gleichstellt (...), als Anspruchsvoraussetzung vom Gläubiger bewiesen werden muß, während im Zusammenhang mit dem Verschuldensvorwurf der Schuldner sich von der Sorgfaltspflichtverletzung entlasten muß (...).“⁸²⁶

⁸²⁵ BT-Drucks. 14/6040 S. 131.

⁸²⁶ Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 8.

„Dagegen fallen bei der Verletzung von Nebenpflichten (insbesondere bei Schutzpflichtverletzungen, [...]) die objektive Pflichtverletzung nach I 1 und das Vertretenmüssen praktisch zusammen (...).“⁸²⁷

(a) Die Anwendung der Ergebnisse zum bisherigen Recht im neuen Recht

Durch die Verschuldensvermutung in § 280 I 2 BGB n.F. wird nach dem bisherigen System der h.M. bezüglich der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens eine Art Gefährdungshaftung des Anwalts begründet⁸²⁸. Wird ihm eine objektive Pflichtverletzung nachgewiesen, was aufgrund der strengen Anforderungen vor allem des BGH nicht unwahrscheinlich ist, ist damit bereits eine Haftung begründet. Nach der h.M. ist die Pflichtwidrigkeit im Vertragsbereich mit der Rechtswidrigkeit gleichzusetzen⁸²⁹, und das Vertretenmüssen wird nunmehr vermutet, so dass mit dem Vorliegen einer rein objektiven Pflichtverletzung bereits eine Haftung gegeben ist⁸³⁰. Dem Anwalt bleibt nur die Möglichkeit, sich durch entsprechenden Nachweis zu exculpieren, was ihm allerdings in den meisten Fällen kaum gelingen wird.

Sehr bedenklich ist im Hinblick darauf auch die Meinung von Vollkommer, dass nach der neuen gesetzlichen Regelung insbesondere bei der Verletzung von Nebenpflichten wie der Schutzpflichtverletzung die objektive

⁸²⁷ Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 20.

⁸²⁸ Für die Arzthaftung siehe Spickhoff, NJW 2002, S. 2531.

⁸²⁹ AnwaltKomm/Dauner-Lieb, § 280 Rdnr. 7; Palandt^{61E}/Heinrichs, § 280 Rdnr. 8.

⁸³⁰ Für diese Handhabung Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 683, 684, was aber unter dem Gesichtspunkt der Verschuldenshaftung nicht akzeptabel ist. Auch Lange, S. 131, der sich zu folgendem Ausspruch hinreißen lässt: *„Die obenstehenden Ausführungen sind also ein Beispiel für den vielzitierten Satz, wonach ein Federstrich des Gesetzgebers ganze Bibliotheken zu Makulatur werden lässt“*. Allerdings übersieht Lange dabei die Problematik der Abgrenzung von Pflichtverletzung und Verschulden, was ein „Federstrich“, der wohl weitere Bibliotheken füllen wird!

Pflichtverletzung und das Vertretenmüssen praktisch zusammenfallen.⁸³¹ Nimmt man diese Aussage wörtlich, bedeutet dies, dass eine Unterscheidung nicht möglich wäre und im Ergebnis die Haftung nur davon abhängt, innerhalb welches Prüfungspunktes man das Gesamte verortet. Zieht man alles in den Tatbestand, so ist der Gläubiger voll beweispflichtig und die Beweislastumkehr in § 280 I 2 BGB n.F. ist inhaltsleer, wogegen im umgekehrten Fall der Schuldner alles durch Beweis widerlegen müsste, womit eine gefährdungshaftungsähnliche Situation eintritt. Im ersten Fall hätte der Gesetzgeber dann eine sinnlose Regelung geschaffen, was so nicht beabsichtigt gewesen sein kann, und diese Ansicht daher auch nicht haltbar ist⁸³². Im zweiten Fall hätte der Gesetzgeber die ausdrücklich beibehaltene Verschuldenshaftung indirekt aufgehoben, was ebenfalls nicht sein kann.

Die Kommentierung von Vollkommer zeigt jedoch besonders anschaulich, wie wichtig im neuen § 280 I BGB eine exakte und dogmatisch möglichst konsequente Abgrenzung von Pflichtverletzung und Verschulden ist. Besonders zeigt sich dies an der Bearbeitung der Verschuldensvermutung durch Vollkommer im Kommentar von Jauernig. Für den Umfang der Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB n.F. verweist er auf die Kommentierung zu § 276 BGB.⁸³³ Liest man die Verweisung nach, zeigt sich, dass unter dem Begriff der Fahrlässigkeit ohne näheres Eingehen auf eventuelle Probleme die bereits vor der Schuldrechtsreform vorhandenen Ausführungen dazu übernommen wurden.⁸³⁴

In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass Vollkommer von der Verschuldensvermutung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt mit umfasst sein lässt, womit wegen der fast unmöglichen Unterscheidung von Pflichtver-

⁸³¹ Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 20; auch Canaris JZ 2001, S. 512.

⁸³² Spickhoff, NJW 2002, S. 2533; Deutsch JZ 2002, S. 588, 591.

⁸³³ Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 25.

⁸³⁴ Siehe Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 276 Rdnr. 29. Die Notwendigkeit der exakten Abgrenzung und die Chance, die restriktive Rechtsprechung des BGH einzuschränken, betont Vollkommer allerdings in seinem soeben in Neuauflage erschienen Werk zur Anwaltshaftung; siehe Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 382.

letzung und Fahrlässigkeit auf Basis der Ansicht der h.M. lediglich eine Pflichtverletzung des Anwalts behauptet werden müsste. Dieser müsste den Beweis für das Nichtvorliegen einer Pflichtverletzung, der fehlenden Rechtswidrigkeit und für ein eventuell fehlendes Verschulden erbringen. Dies kann nicht sein und zeigt nochmals die durch die Reform besonders virulent gewordene notwendige Abgrenzung von Pflichtverletzung und Verschulden.

Wesentlich deutlicher und geglückter sind die Ausführungen von Vollkommer in seinem neu (2003) erschienen Anwaltshaftungsbuch. Hier bringt er die Notwendigkeit der exakten Abgrenzung zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden klar zum Ausdruck und führt diese auch konsequent durch.⁸³⁵

Er greift dabei auf die bereits dargelegte Unterscheidung im bisher geltenden Recht nach äußerer und innere Sorgfalt zurück, wobei für die äußere Sorgfalt ein Höchstmaß an objektiver Sorgfalt gelten soll.⁸³⁶ Ein Haftungskorrektiv kann dadurch aber nicht erzielt werden, allerdings soll die Abgrenzung zur Schuld erleichtert werden. Wenn für die Pflichtwidrigkeit bereits ein Höchstmaß an der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gilt, so muss für die Schuld ein abgeschwächter Maßstab angelegt werden.⁸³⁷ Dabei wird aber auf die Schlagworte der äußeren und inneren Sorgfalt verzichtet, sondern lediglich auf die verschiedenen Sorgfaltsanforderungen verwiesen.⁸³⁸

Nach der Ansicht Vollkommers gehört somit die Sorgfalt im Höchstmaß nach einer ex-ante Betrachtung zum Tatbestand der Pflichtverletzung, wohingegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt im Sinne der „üblichen“ Sorgfalt zur Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB n.F. zählt.⁸³⁹

⁸³⁵ Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 388, 389.

⁸³⁶ Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 386.

⁸³⁷ Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 387.

⁸³⁸ Allerdings weisen die Zitate, insbesondere bei Deutsch, Haftungsrecht I, auf diese Einteilung hin; vgl. Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 386 Fn. 202.

⁸³⁹ Vollkommer/Heinemann², Rdnr. 386, 402.

Für das Arzthaftungsrecht, das dem Anwaltsvertrag als Dienstvertrag sehr nahe steht, vertritt Spindler die Ansicht, dass wegen der Regelung des § 280 I 2 BGB n.F. sehr exakt auf die Abgrenzung von Pflichtwidrigkeit und Verschulden geachtet werden muss. Er kommt zu dem Ergebnis, dass bei Verletzung von Verhaltensnormen durch den Arzt – und damit die Pflichtwidrigkeit –, der wie der Anwalt regelmäßig keinen Erfolg schuldet, der Patient beweispflichtig bleibt.⁸⁴⁰

Durch die neue Verschuldensvermutung in § 280 I 2 BGB n.F. ist die Anwendung eines subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffes noch weniger problematisch als bisher. Der Anwalt muss nachweisen, dass ihm ein persönliches Unvermögen das pflichtgerechte Verhalten unmöglich machte. Zudem muss er beweisen, dass ihn bei der Übernahme des Mandats kein Verschulden traf und er deshalb nicht haftet. Dieser Beweis wird ihm in der Regel nicht gelingen, mit Ausnahme der Fälle, in welchen besondere Umstände tatsächlich einen persönlichen Schuldvorwurf entfallen lassen. Dann aber ist die Haftungsfreistellung berechtigt und auf Grundlage des nach wie vor geltenden Verschuldensprinzips auch angezeigt.

Zu bedenken gilt es vor allem, dass die Neuregelungen der Schuldrechtsreform das schon bisher bestehende Zuordnungsproblem der jeweiligen Tatbestandsmerkmale in Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld noch verschärft haben.⁸⁴¹

„Heikel ist die Trennung der Kategorien Pflichtverletzung und Vertretenmüssen in § 280 Abs. 1 Satz 1 und 2 KF. Denn da letzteres nach § 276 Abs. 1 und 2 KF i.d.R. in der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt liegt, ist kaum verständlich, worin der Unterschied zwischen den beiden Sätzen von § 280 Abs. 1 KF besteht. Das ist umso gravierender, als es dabei keineswegs nur um ein terminologisches, sondern auch

⁸⁴⁰ Bamberger/Roth/Spindler, §280 Rdnr. 784.

⁸⁴¹ So auch Canaris, JZ 2001, S.512.

um ein sachliches Problem geht, weil ja die Beweislast insoweit grundsätzlich verteilt ist."⁸⁴²

*„Vertrackt wird die Situation in den Fällen, in denen man bisher von positiver Forderungsverletzung spricht. [...] Anders liegt es indessen bei Schutzpflichtverletzungen i.S. von § 241 Abs. 2 KF. Hier muss nämlich erst einmal positiv festgestellt werden, worin die Pflichtverletzung überhaupt besteht, und das hat die außerordentlich wichtige praktische Konsequenz, dass es grundsätzlich der Gläubiger ist, der insoweit die Beweislast trägt. Zwar kann man daran dann auch wieder Korrekturen unter dem Gesichtspunkt der „Sphärentheorie“ vornehmen, doch ist das naturgemäß keineswegs immer möglich, und ändert nichts daran, dass die Beweislast im Ausgangspunkt insoweit beim Gläubiger liegt. Das kann auch nach § 280 Abs. 1 KF nicht anders sein, weil das Vorliegen einer Schutzpflichtverletzung zwangsläufig unter Satz 1 und nicht unter Satz 2 fällt, doch wird das durch die mangelnde terminologische Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Schutzpflichtverletzungen leider gänzlich verdunkelt.“*⁸⁴³

Das hier von Canaris angesprochene Problem besteht grundsätzlich darin, dass immer dann, wenn sich konkrete Pflichten nicht feststellen lassen, das notwendige „pflichtgemäße“ Verhalten anders bestimmt werden muss. Bereits oben wurde aufgezeigt, dass im Bereich der Anwaltspflichten mit Hilfe der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das notwendige Verhalten festgelegt wird. Da im Rahmen eines anwaltlichen Mandats kaum je die konkreten Pflichten vom Mandanten vorgegeben werden, legt der BGH anhand der verkehrsüblichen Sorgfalt das Verhaltensprogramm fest. Schon aus diesem Grund ist ein konsequentes und rechtsicheres Auseinanderhalten von Tatbestand und Verschulden kaum mehr möglich.

Dieser Zustand führt sogar dazu, dass im Zuge der Reformdiskussion der Schuldrechtsmodernisierung vereinzelt gefordert wurde, auch das Werk-

⁸⁴² Canaris JZ 2001, S. 512; vgl dazu auch Erman¹¹/H.P. Westermann, § 280 Rdnr. 8.

⁸⁴³ Canaris JZ 2001, S. 512.

und Dienstvertragsrecht zu ändern und insbesondere im Bereich des Dienstvertrages die Pflichten zu konkretisieren.⁸⁴⁴ Jeloschek/Lohnert fordern für den Dienstvertrag *„den Ablauf der zu regelnden Aktivitäten so detailliert wie möglich in Paragraphen zu gießen und die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien möglichst genau zu beschreiben, damit so das Gesetz als eine Art ‚Checkliste‘ für die Ausführung der Dienstleistung fungiert.“*⁸⁴⁵

Allerdings zeigt sich bereits am Anwaltsvertrag, dass dies kaum möglich sein wird. Der Dienstvertrag ist für die meisten althergebrachten wie modernen Dienstleister der einschlägige Vertragstyp, wobei jede Berufssparte ihre Eigenheiten hat. Der Versuch, eine „Checkliste“ für die jeweiligen grundlegenden Einzelpflichten zu schaffen und dabei die wichtigsten Einzelpflichten aufzunehmen, muss von vorne herein scheitern. Gerade die letzten zwanzig Jahre haben gezeigt, dass immer wieder neue, bisher unbekannte Berufe entstehen, die ihre speziellen Anforderungen bei Verträgen haben. Beispielhaft sei der Webdesigner, der Administrator oder der Webhoster genannt. Das BGB muss nach wie vor in der Weise abstrakt bleiben, dass auch neu hinzutretende Lebenssachverhalte von ihm erfasst bleiben. Ansonsten steht auch im allgemeinen Zivilrecht dasselbe Chaos wie in der Steuergesetzgebung an.

Hier zeigt sich besonders die Notwendigkeit, die durch die Schuldrechtsreform noch verstärkte Problematik der Abgrenzung von Pflichtwidrigkeit und Verschulden in den Griff zu bekommen. In dem Vorschlag von Jeloschek/Lohnert kann die Lösung nicht liegen.

Dies lässt es in Verbindung mit der Verschuldensvermutung m.E. angezeigt sein, die bisherige Terminologie aufzugeben und die im Verkehr erforderliche Sorgfalt als Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit anzuerkennen und im Rahmen der Fahrlässigkeit nur noch das „Außerachtlassen“ als subjek-

⁸⁴⁴ Jeloschek/Lohnert, Jb.J.ZivRWiss., 2001, S. 261, 262.

⁸⁴⁵ Jeloschek/Lohnert, Jb.J.ZivRWiss., 2001, S. 261, 262.

tive Zurechnung zu prüfen⁸⁴⁶. Dann ist der Gläubiger für die Pflichtwidrigkeit beweispflichtig⁸⁴⁷, und dem Anwalt bleibt bei entsprechendem Nachweis nur noch, die Verschuldensvermutung zu widerlegen.

Deutsch schlägt vor, die bisher vorgenommene Unterscheidung in innere und äußere Sorgfalt weiterhin exakt durchzuführen, wobei die äußere Sorgfalt als Bestandteil des einzuhaltenden Verhaltensprogramms des Schuldners zum Tatbestand gehört, wohingegen die innere Sorgfalt unter die Verschuldensvermutung fällt.⁸⁴⁸

Eine weitere bisher vorgenommene Unterscheidung ist die Einteilung in einen Sorgfaltsmaßstab im Höchstmaß und im Normalmaß aus der bisherigen Diskussion zur Rechtswidrigkeit.⁸⁴⁹ Die Sorgfalt im Höchstmaß kann nach Deutsch nunmehr der Pflichtverletzung zugerechnet werden, die normale Sorgfalt wird als Zurechnungsmaßstab zum Verschulden mit der entsprechenden gesetzlichen Vermutung gezogen.⁸⁵⁰

(b) Die Irrtumsproblematik im neuen Recht

Innerhalb der neuen gesetzlichen Regelung gewinnt auch die Irrtumsproblematik an Bedeutung. So entfällt die Zurechnung und damit die Fahrlässigkeitshaftung, wenn sich der Schuldner schuldlos in einem Irrtum, insbesondere einem Rechtsirrtum, befunden hat.⁸⁵¹ Dieser Irrtum ist Bestandteil des Verschuldens und musste auch bisher als Ausnahme von

⁸⁴⁶ Diese Möglichkeit spricht auch Deutsch (JZ 2002, S. 588, 590) an und konstatiert, dass mit dieser Methode die nunmehr besonders aktuell gewordenen Probleme relativ einfach lösbar wären, lehnt dies aber mit Hinweis auf die bisherige h.M. ab.

⁸⁴⁷ Für die Arzthaftung vgl. auch Katzenmeier VersR 2002, S.1068.

⁸⁴⁸ Deutsch JZ 2002, S. 588, 591.

⁸⁴⁹ Deutsch JZ 2002, S. 588, 591.

⁸⁵⁰ Deutsch JZ 2002, S. 588, 591; vgl. auch Katzenmeier, S. 494.

⁸⁵¹ Deutsch JZ 2002, S. 588, 591.

der Regel vom Schuldner bewiesen werden, weshalb dies sich in die neue Regelung gut einpassen läßt.⁸⁵²

U. Huber spricht in seinen Untersuchungen in der Vorbereitung der Reform davon, dass der entschuldbare Irrtum der einzige Fall sei, bei welchem der Schuldner eine Pflichtverletzung begehen kann, ohne dafür haften zu müssen.⁸⁵³ Er führt dazu Folgendes aus:

*„Es handelt sich um den Fall, dass der Schuldner sich hinsichtlich seiner wirklich bestehenden Pflicht in einem nicht vorwerfbaren Irrtum befindet, sei es, dass er sie tatsächlich nicht kennt und nicht kennen kann, sei es, dass er sich in einem Rechtsirrtum befindet, den er nicht zu vertreten hat.“*⁸⁵⁴

Für den Fall der Anwaltshaftung ist die Irrtumsproblematik, insbesondere der Rechtsirrtum, von großem Interesse. Wie bereits oben ausgeführt, muss der Anwalt die Rechts- und Gesetzeslage kennen. Die Rechtsprechung legt ihm dabei ein immenses Nachforschungskontingent auf, was aber letztlich, auch gemessen an der heutigen Gesetzesflut, angemessen ist. Verletzt der Anwalt die Pflicht zur Gesetzeskenntnis, so bleibt ihm nur eine Exculpation, wofür er beweisbelastet ist.

Ein entschuldigend wirkender Irrtum kommt nur dann in Betracht, wenn die Unkenntnis nicht selbst auf Fahrlässigkeit beruht.⁸⁵⁵ Dies wird für die Unkenntnis der einschlägigen Rechtsvorschriften allgemein abgelehnt, da die Verkehrsanschauung die Verschaffung der notwendigen Kenntnisse voraussetzt.⁸⁵⁶ Diese Ausführungen von Löwisch beruhen zwar auf der hier nicht vertretenen h.M., aber auch für einen subjektiven Fahrlässig-

⁸⁵² Vgl. Deutsch JZ 2002, 588, 591

⁸⁵³ U. Huber, in Ernst/Zimmermann (Hrsg.) Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 102.

⁸⁵⁴ U. Huber, in Ernst/Zimmermann (Hrsg.) Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 102.

⁸⁵⁵ Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 50.

⁸⁵⁶ Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 53; vgl. auch Henssler, JZ 1994, S. 179.

keitsbegriff ergibt sich hier keine Entlastungsmöglichkeit, da insbesondere ein Anwalt, der die Bearbeitung einer Angelegenheit übernimmt, die notwendigen Gesetze kennen muss. Tut er dies nicht und übernimmt dennoch das Mandat, so bezieht sich der Fahrlässigkeitsvorwurf auf die Übernahme. Für diesen Irrtum ist derzeit keine Konstellation denkbar, in welcher nicht zumindest eine Übernahmefahrlässigkeit gegeben wäre. Aber selbst dann müsste der Anwalt die Umstände seinen Irrtums darlegen und beweisen, was ihm kaum gelingen wird.

Auch für den diskutierten Irrtum⁸⁵⁷ über bestehende Unsicherheiten über die Auslegung einer Norm oder über noch offene ungeklärte Rechtsprobleme gilt für den Anwalt das oben Gesagte. Eine der Hauptaufgaben des Anwalts ist es ja gerade, derartige Unklarheiten zu erkennen, den Mandanten darüber aufzuklären und zumindest auf die Schwierigkeiten hinzuweisen. Verletzt er diese Pflicht, was der Mandant nachweisen muss, dann muss sich der Anwalt exculpieren. Angesichts der heutigen Informationsmedien wie Internet, CD-Rom-Recherche oder umfangreiche Kommentare wird stets immer ein Übernahmeverschulden vorliegen.

Die Exculpation des Anwalts für eine Pflichtverletzung wegen Irrtums wird nach dem derzeitigen Kenntnisstand kaum je zum Tragen kommen und selbst wenn, wird dem Anwalt auch nur die Widerlegung der Verschuldensvermutung nicht gelingen.

Weiterhin gilt im speziellen Fall des Rechtsanwalts zu bedenken, dass hier ein Rechtsirrtum zumeist bereits im Tatbestand eine Pflichtverletzung darstellen wird und deshalb kein Element der Schuld sein kann. Für den juristischen Laien kommt eine Exculpation nur dann in Betracht, wenn er seiner Erkundigungspflicht im Zweifelsfall nachgekommen ist. Der Anwalt als Experte hat aber gerade die Pflicht, etwaig bestehende Unklarheiten zu kennen oder zumindest zu erkennen, um dem Rechtssuchenden einen entsprechenden Rat zu geben.⁸⁵⁸

⁸⁵⁷ Dazu Staudinger¹³/Löwisch, § 276 Rdnr. 55; vgl. auch Mayer-Maly, AcP 170, S. 133, 148 ff.

⁸⁵⁸ So auch Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rn 427.

Für den Anwalt als Experten auf dem Gebiet des Rechts kommt ein Rechtsirrtum als Entschuldigungsgrund sowohl nach der h.M.⁸⁵⁹ als auch nach der hier vertretenen Ansicht nicht in Betracht. Die Rechtskenntnis ist beim Anwalt gerade Hauptleistungspflicht. Wird diese verletzt, folgt daraus die Haftung und kann nicht gleichzeitig entschuldigend wirken.

Dagegen vertritt Henssler⁸⁶⁰ die Ansicht, dass eine Exculpation des Anwalts wegen eines Rechtsirrtums durchaus entschuldigend wirken kann. Er führt an, dass der Anwalt dann entschuldigt ist, wenn die rechtliche Beurteilung des Falles durch die Judikatur vom Anwalt nicht vorhersehbar, der Rechtsirrtum also für ihn unvermeidbar war.⁸⁶¹

Dem ist nicht zuzustimmen. Ist für ein bestimmtes Problem bereits Rechtsprechung ergangen, so muss der Anwalt diese kennen und sich zumindest mit dieser auseinandersetzen. Tut er dies nicht oder kennt er die Judikatur nicht, so kann ihn dies nicht entschuldigen, vielmehr ist ihm dies vorwerfbar.

Weicht das Gericht von seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung ab, ohne dass sich eine derartige Änderung zuvor aufgedrängt hat, so liegt bereits die Tatbestandsmäßigkeit nicht vor, da vom Anwalt Derartiges nicht gefordert werden kann, da es etwas Unmögliches darstellt (s.o.).

Bleibt also der Fall, dass bisher noch keine Rechtsprechung zu einem speziellen Problem ergangen ist. Dann muss der Anwalt den Mandanten darüber aufklären, die rechtlich wahrscheinlichste Möglichkeit herausheben und den Mandanten auf die Risiken eines bisher noch nicht judizierten Problems hinweisen. Tut er dies nicht, so ist ihm dies auch vorwerfbar und kann nicht entschuldigend wirken.

⁸⁵⁹ Zugehör/Fischer, Rdnr. 1027 m.w.N.

⁸⁶⁰ Henssler, JZ 1994, S. 183.

⁸⁶¹ Henssler, JZ 1994, S. 183.

Auch hier zeigt sich wieder, dass im Bereich der Anwaltshaftung der Rechtsirrtum im Bereich der Schuld keine Rolle spielen kann, da der Anwalt berufsmäßig für die Vermeidung von Rechtsirrtümern zuständig ist, dies für ihn eine Hauptleistungspflicht darstellt. Erfüllt er diese nicht, so kann das nicht gleichzeitig entschuldigend wirken.⁸⁶²

In diesem Zusammenhang wird auch immer wieder diskutiert, ob eine dem Rechtsirrtum des Anwalts gleichende Entscheidung eines Kollegialgerichts entschuldigend wirken kann oder soll. Dabei soll es nur auf die Situation ankommen, in welcher das Gericht dem selben Rechtsirrtum im Urteil unterliegt, nicht aber auf solche, bei denen der Irrtum erst durch das Gericht selbst hervorgerufen wurde⁸⁶³ oder bei denen sich der Anwalt auf eine bisherige Rechtsprechung eines Kollegialgerichts verlässt⁸⁶⁴, solange noch keine höchstrichterlich endgültige Klärung herbeigeführt ist⁸⁶⁵.

Von einem Teil der Lehre wird die Ansicht vertreten, eine nachfolgende, den Rechtsirrtum des Anwalts bestätigende, aber falsche Entscheidung könne entschuldigend wirken.⁸⁶⁶ Scheffler begründet dies damit, dass der Fahrlässigkeitsvorwurf und der nach h.M. enthaltene Begriff der Erforderlichkeit nicht auf ein überdurchschnittliches Maß hinaus ausgedehnt werden darf. Wenn aber nur etwas Durchschnittliches gefordert werden kann, so hat ein Anwalt, dessen Fehler von einem mit mehreren Richtern besetzten Kollegialgericht wiederholt wird, durchschnittlich und damit nicht schuldhaft gehandelt.⁸⁶⁷ Denn nach Ansicht Schefflers liegt die juristische Kompetenz eines Kollegialgerichts derart hoch, dass sie die „*Obergrenze der Anforderungen*“ darstellt, die „*von einem gutdurchschnittlichen Rechtspraktiker erfüllt werden können*.“⁸⁶⁸

⁸⁶² So auch Zugehör/Fischer, Rdnr. 1027.

⁸⁶³ Dazu siehe bereits C IV 1) a) (1).

⁸⁶⁴ Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rn 427.

⁸⁶⁵ Zumindest nach Ansicht der Autors, der ein Vorhersehen der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht als Anwaltpflicht ansieht.

⁸⁶⁶ So vor allem Scheffler, NJW 1960, S. 265 ff.

⁸⁶⁷ Scheffler, NJW 1960, S. 267.

⁸⁶⁸ Scheffler, NJW 1960, S. 276.

Diese Ansicht wird vom BGH⁸⁶⁹ und der h.L.⁸⁷⁰ abgelehnt. Der Anwalt ist zwar nicht für die Fehler des Gerichts verantwortlich⁸⁷¹, er hat aber die Pflicht, die juristisch korrekte Lösung des Sachverhalts zu erkennen und vor Gericht auch vorzutragen. Irrt er dabei über die tatsächliche Rechtslage, so kann eine ihm folgende Entscheidung eines Kollegialgerichts an seiner Haftung nichts ändern, da ein weiterer Fehler einen bereits begangenen nicht ungeschehen macht.

Zudem gilt es zu bedenken, dass die Irrtümer von Dritten, die an der Willens- bzw. Meinungsbildung zunächst nicht beteiligt waren – es ging ja eine erste Instanz voraus –, nicht entschuldigend wirken können. Dieser Aspekt fehlt in der üblichen Diskussion, insoweit ist Scheffler zuzustimmen, dass es nur um den Sorgfaltsmaßstab gehen kann, nicht um die Tatsache einer bestätigenden Kollegialentscheidung an sich.

Vollkommer, der grundsätzlich derselben Meinung ist⁸⁷², merkt jedoch an, dass in einem solchen Fall das Verschulden des Anwalts sehr sorgfältig zu prüfen ist und die Gerichtsentscheidung als Indiz für eine Entschuldigung des Anwalts dienen kann.⁸⁷³

Dieser Meinung kann nur beigestimmt werden. Für die hier vertretene Ansicht mit einem subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff kann eine gleichlautende Kollegialentscheidung jedoch nicht entschuldigend wirken. War die Rechtslage derart unklar, dass die korrekte Behandlung des Falles auch bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennbar war, so fehlt es bereits an einer rechtswidrigen Pflichtverletzung.

⁸⁶⁹ Vgl. BGH NJW 1983, S. 822.

⁸⁷⁰ Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rn 432; bereits Dahs, NJW 1959, S. 35, 36.

⁸⁷¹ Dazu siehe bereits C IV 1) a) (1).

⁸⁷² Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rn 432.

⁸⁷³ Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rn 432.

3. Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung (§§ 280 III, 281 BGB n.F.)

Der neu geschaffene § 281 BGB n.F. gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, den bestehenden Erfüllungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch umzuwandeln.⁸⁷⁴

Zudem ist zu beachten, dass in § 281 I 1 BGB n.F. von einer fälligen Leistung gesprochen wird, womit gemeint ist, dass die Leistungsstörung noch behoben werden kann.⁸⁷⁵ Ist die Schlechterfüllung nicht mehr behebbar, kommt die Regelung des § 281 BGB n.F. schon nach deren Sinn und Zweck nicht zu Anwendung. Dieser beinhaltet das maßgebliche Prinzip der neuen Regelungen, dass die Erhaltung des Primäranspruchs Vorrang vor Schadensersatz statt der Leistung hat, weshalb eine Fristsetzung bzw. Abmahnung notwendig ist.

Von § 280 I 1 BGB n.F. wird daher der gesamte einfache Schadensersatz umfasst, bei welchem der Schaden schon endgültig eingetreten ist und es auf eine weitere Leistung gar nicht mehr ankommt.⁸⁷⁶ Dies stellt innerhalb des Anwaltsvertrages die ganz überwiegende Situation im Falle der Haftung dar. Der Fehler des Anwalts zeigt sich zumeist erst dann, wenn der Schaden bereits eingetreten ist und eine weitere Leistung nicht mehr anfällt, da durch die Pflichtverletzung die Angelegenheit bereits abgeschlossen ist.

Als möglicher Anwendungsfall kommt z.B. die Schlecht- bzw. Nichterfüllung einer Nebenleistungspflicht in Frage. Zugehör⁸⁷⁷ nennt das Beispiel einer erkannten Gefahr für den Mandanten außerhalb des Mandatsgegenstandes und unterlassener Warnung und nimmt an, dass der Mandant einen Schadensersatzanspruch nach den §§ 280 III, 281 I 1, 3, II Alt. 2

⁸⁷⁴ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 281 Rdnr. 2; Jauernig/Vollkommer, § 281, Rdnr. 2.

⁸⁷⁵ Schmidt-Räntsch, Rdnr. 332.

⁸⁷⁶ Bamberger/Roth/Grüneberg, § 281 Rdnr. 4.

⁸⁷⁷ Zugehör, Rdnr. 148.

BGB n.F. haben kann, sofern ein Schaden eintritt und eine Nachholung grundsätzlich noch möglich ist. Für diesen konkreten Fall ist aber § 280 I 1 BGB n.F. die richtige Anspruchsgrundlage. Da bereits ein Vermögensschaden eingetreten ist, kann dieser durch die Nachholung nicht mehr beseitigt werden, es besteht kein weiteres Leistungsinteresse mehr.

Ein anderes Beispiel zeigt aber, dass § 281 BGB n.F. auch im Anwaltsbereich seine Bedeutung hat. Der Mandant erteilt dem Anwalt einen Auftrag, den der Anwalt unbearbeitet liegen lässt und überhaupt nichts unternimmt. Nunmehr hat der Mandant die Möglichkeit, dem Anwalt eine Frist⁸⁷⁸ nach § 281 I 1 BGB n.F. zu setzen, innerhalb welcher er tätig werden muss, was beim Dienstvertrag eine Hauptleistungspflicht darstellt. Folgt auch nach Fristablauf keine Handlung, so kann der Mandant, sollte mittlerweile kausal ein Schaden entstanden sein, diesen geltend machen. Allerdings können sich hier Abgrenzungsprobleme zu § 44 BRAO ergeben, wenn der Anwalt die Ablehnung des Mandats nicht unverzüglich anzeigt. Hier würde die speziellere Regelung des § 44 BRAO vorgehen, ohne dass eine Fristsetzung notwendig wäre.

Zudem wird die Aufnahme der Tätigkeit – mit Ausnahme eines sehr seltenen, absoluten Fixgeschäftes – weiterhin möglich sein, so dass das Erfüllungsinteresse nach wie vor besteht bzw. noch kein Schaden eingetreten ist und § 281 BGB n.F. wiederum keine Anwendung findet. Der Mandant hat in diesem Fall vielmehr die Möglichkeit, vom Vertrag nach § 281 V BGB n.F. zurückzutreten, den bereits bezahlten Vorschuss nach den §§ 346 – 348 BGB n.F. zurückzuverlangen und möglicherweise noch Schadensersatz (§ 325 BGB n.F.) daneben geltend zu machen, der aber dann aus §§ 280 II, 286 BGB n.F. oder § 284 BGB n.F. folgt, nicht aus § 281 BGB n.F. Auch hier erscheint also lediglich in der Theorie ein Fall des § 281 I BGB denkbar.

⁸⁷⁸ Da der Anwalt einen freien Beruf ausübt und die Bearbeitung eines Mandats zeitlich nicht konkret abgeschätzt werden kann, wird eine Abmahnung nach § 281 III BGB n.F. die richtige Alternative sein.

Hat der Anwalt bereits gearbeitet und war diese Leistung nicht vertragsgerecht, kann bei einer erheblichen Pflichtverletzung (§ 281 I 3 BGB n.F.) Schadensersatz statt der gesamten Leistung verlangt werden, wenn die Teilleistung für ihn kein Interesse mehr hat. Hierzu führt Zugehör das Beispiel an, dass der Anwalt eine Forderung zunächst gegen einen falschen Schuldner betreibt.⁸⁷⁹ Die Frage ist allerdings, ob hier eine erhebliche Pflichtverletzung vorliegt, da der Anwalt ja ohne weiteres sofort gegen den richtigen Schuldner vorgehen kann.

Weiterhin ist zu beachten, dass auch nach Ablauf der Frist weiterhin das Recht auf Leistungsforderung und Schadensersatz nebeneinander bestehen, bis der Gläubiger konkret die Wahl des Schadensersatzes trifft; dann erlischt die Leistungspflicht des Schuldners (§ 281 IV BGB n.F.).⁸⁸⁰

Aufgrund der Besonderheiten des Anwaltsvertrages als Dienstvertrag erscheint die Anwendung des § 281 BGB n.F. eher theoretisch möglich. In der Praxis wird als Anspruchsgrundlage für Schadensersatz § 280 I BGB n.F. dominieren.

4. Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht (§§ 280 III, 283 BGB n.F.)

Im Rahmen eines anwaltlichen Mandats werden diese Arten von Leistungsstörungen kaum jemals in Betracht kommen (siehe schon D. I. 1).

Der Anwalt schuldet nach der geänderten Rechtsprechung des BGH im Allgemeinen nur die sorgfältige und sachkundige Beratung sowie die Betreuung des Mandanten, insbesondere, alle Schritte rechtzeitig vorzubereiten, die für ein fristgebundenes Handeln ihres Mandanten erforderlich sind. Er übernimmt jedoch regelmäßig nicht die Gewähr für das rechtzeitige Gelingen des Bemühens.⁸⁸¹

⁸⁷⁹ Zugehör, Rdnr. 166.

⁸⁸⁰ Dazu Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 281 Rdnr. 14.

⁸⁸¹ Zum Ganzen bereits oben sowie Zugehör/Fischer, Rdnr. 991; BGHZ 115, S. 389.

Dies übersieht Zugehör, der als Fall der Unmöglichkeit bzw. jetzt des Schadensersatzes statt der Leistung wegen Ausschluss der Leistungspflicht das Verjährenlassen eines Anspruchs nennt.⁸⁸² Im Bereich des normalen Anwaltsdienstvertrages kann der Fall einer Unmöglichkeit nur in wenigen Ausnahmesituationen eintreten, weshalb diese Schadensersatzmöglichkeit nicht weiter vertieft werden soll.

5. Verzug

Auch im Rahmen des Anwaltsvertrages sind im Einzelfall Fälle des Verzuges denkbar, was zu Schadensersatz verpflichtet, dies allerdings auch nur im Rahmen von Werkverträgen, die aber eine Ausnahme darstellen und hier nicht vertieft werden sollen.

Anspruchsgrundlage nach der Schuldrechtsreform ist auch für Verzugschäden § 280 I BGB n.F., wobei zusätzlich gemäß § 280 II BGB n.F. auch die Voraussetzungen des § 286 BGB n.F. vorliegen müssen.

Im Wesentlichen hat sich an den bisherigen Vorschriften der §§ 284 – 286 BGB a.F. nichts geändert. Der Gesetzgeber hat lediglich die bisher nicht verzugsbegründende Berechenbarkeit der Leistungszeit nach Eintritt eines Ereignisses in § 286 II Nr. 2 BGB n.F. und in § 286 II Nr. 4 BGB n.F. eine Generalklausel aufgenommen, nach welcher der Verzug des Schuldners auch dann eintritt, wenn „aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzuges gerechtfertigt ist“. Damit sollen die bisher durch die Rechtsprechung geschaffenen Verzugstatbestände erfasst werden, wie z.B. die „Selbstmahnung“ oder die besondere Dringlichkeit der Leistung, die sich aus den Vertragsumständen ergibt (z.B. Wasserrohrbruch).⁸⁸³

⁸⁸² Zugehör, Rdnr. 147.

⁸⁸³ Palandt^{61E}/Heinrichs, § 286 Rdnr. 25.

6. Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB n.F.)

Nach § 284 BGB n.F. kann der Gläubiger statt des Schadensersatzes statt der Leistung alternativ den Ersatz der vergeblichen Aufwendungen nach § 284 BGB n.F. verlangen.

Voraussetzung ist jedoch, dass die Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 – 283, 311a II BGB vorliegen.⁸⁸⁴ Wie bereits oben ausgeführt, ist die Einschlägigkeit dieser Normen bei der Anwaltshaftung eine ganz große Ausnahme, so dass auch der alternative Anspruch des § 284 BGB n.F. kaum zum Tragen kommen wird.

7. Haftung aus vertragsspezifischen gesetzlichen Regelungen

Die Schuldrechtsreform hat an den Regelungen des Dienstvertragsrechts, die für den Anwaltsvertrag von Bedeutung sind, keine Änderungen vorgenommen, sodass insoweit auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann.

Dagegen hat der Gesetzgeber den Werkvertrag neu strukturiert und einige Änderungen vorgenommen. Dadurch sind zwar rechtstechnische Unterschiede zum bisherigen Werkvertragsrecht eingetreten, aber nicht in den Rechtsfolgen.

So wurde das Gewährleistungsrecht in das Allgemeine neue Schuldrecht integriert, so dass nunmehr statt der Wandlung gemäß den §§ 634, 636 BGB n.F. vom Vertrag zurückgetreten werden kann. Interessant ist, dass der Gesetzgeber das Problem der Wandlung beim Kaufvertrag, nämlich als Gestaltungsrecht, nunmehr in den Werkvertrag verlagert hat. Bisher bestand im Kaufrecht die Problematik, ob der Käufer zunächst auf Wand-

⁸⁸⁴ Jauernig/Vollkommer, § 284 Rdnr. 3; Bamberger/Roth/Grüneberg, § 284 Rdnr. 5.

lung und danach aus Wandlung klagen kann oder ob er direkt auf Durchführung der Wandlung klagen kann.⁸⁸⁵

Mit dem neuen Kaufrecht wurde dieses Problem beseitigt, aber nunmehr durch die neue Regelung des Werkvertrags hierher verlagert, ein Anzeichen für die überhastete Durchführung der Reform.

Um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen, wird auf diese Problem nicht weiter eingegangen. Da sich keine tatsächlichen Änderungen für die Anwaltshaftung ergeben, sondern sich lediglich die „Hausnummern“ geändert haben, soll es genügen, auf die obigen Ausführungen zu verweisen.

8. Geschäftsführung ohne Auftrag

Auch die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag blieben vor dem Reformeißer des Gesetzgebers verschont, weshalb keine Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht eingetreten sind.

Lediglich im Falle der berechtigten GoA folgt die Schadensersatzpflicht des Anwalts bei Verletzung seiner Pflichten aus dem entstehenden gesetzlichen Schuldverhältnis aus § 280 I, III BGB n.F.

9° Culpa in contrahendo (§§ 280 I, 311 II, III, 241 II BGB n.F.)

Die Schuldrechtsreform ist an der BRAO vollständig vorbeigegangen. Der Gesetzgeber hat sich im Zuge der Reform nicht um die speziellen Regelungen gekümmert, weshalb Ansprüche gegen den Anwalt nach § 51b BRAO nach wie vor in 3 Jahren verjähren, unabhängig von der Kenntnis des Anspruchs.

⁸⁸⁵ Zum Ganzen Palandt⁶¹/Putzo, § 465 Rdnr. 3 ff; Vertragstheorie, Herstellungstheorie, Theorie des richterlichen Gestaltungsakts und Gemischte Theorie.

Auch der § 44 BRAO, wonach die Ablehnung eines Auftrages unverzüglich mitzuteilen ist, ist erhalten geblieben, die wichtigste Haftung des Anwalts aus der ehemaligen c.i.c. ist nach wie vor vorhanden.

Der bisher unter dem Begriff culpa in contrahendo bekannte Haftungsgrund für die „Gewährung von in Anspruch genommenem Vertrauen“⁸⁸⁶ bzw. Haftung für enttäushtes Vertrauen⁸⁸⁷ ist nunmehr durch den Gesetzgeber normiert worden. Anspruchsgrundlage ist wie für alle Leistungsstörungen § 280 I BGB n.F.

Die Voraussetzungen regelt § 311 II, III BGB n.F., womit die bisher von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze niedergeschrieben werden. Nach § 241 II BGB n.F. entsteht durch die Vertragsanbahnung bzw. durch die Vertragsverhandlungen ein Schuldverhältnis mit den Schutz- und Rücksichtnamepflichten des § 241 II BGB n.F.⁸⁸⁸

Der Gesetzgeber hat die Formulierungen in § 311 II, III BGB n.F. ausdrücklich sehr allgemein gehalten, um der Rechtsprechung und Literatur die Gelegenheit zu lassen, die bisher geschaffenen Fallgruppen den neuen Entwicklungen anzupassen.⁸⁸⁹ Durch die nunmehr erfolgte ausdrückliche Regelung im Gesetz sollte die bisher praktizierte Anwendung der Grundsätze der c.i.c. nicht geändert, sondern lediglich festgeschrieben werden.⁸⁹⁰ Insoweit ergeben sich also keine Modifikationen gegenüber der Rechtslage vor der Reform.

E Kausalität und Zurechenbarkeit

Allein die Tatsache, dass der Anwalt schuldhaft eine ihm obliegende Vertragspflicht verletzt hat, führt an sich noch nicht dazu, dass der Mandant

⁸⁸⁶ So grundlegend Ballerstedt in AcP 151, S. 507.

⁸⁸⁷ So BGH NJW 1981, S.1035.

⁸⁸⁸ AnwKomm/Krebs, § 311 Rdnr. 22.

⁸⁸⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 162.

⁸⁹⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 162.

deshalb seinen Schaden ersetzt bekommt. Dafür ist es notwendig, dass der haftungsbegründende Vorgang ursächlich (kausal) für den Schaden ist und der Pflichtverletzung zugerechnet werden kann.⁸⁹¹

Die Kausalität ist aufgeteilt in die haftungsbegründende und die haftungsausfüllende Kausalität. Nach der ersteren muss die Handlung des Anwalts ursächlich für den Pflichtenverstoß sein, während zweitens die Ursächlichkeit von Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden betrifft. Da im Falle der Anwaltshaftung gegenüber dem Mandanten die haftungsbegründende Kausalität im Grundsatz unproblematisch ist, soll im Folgenden nur die haftungsausfüllende näher dargestellt werden.

Grundlage jeder Kausalitätsprüfung ist die *conditio-sine-qua-non*-Formel; d.h. jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen würde, ist für ein Ereignis ursächlich, wobei sämtliche Bedingungen gleichwertig (äquivalent) sind.⁸⁹² Ohne diese grundlegende Bedingung scheidet eine Ursächlichkeit grundsätzlich aus.⁸⁹³

Da diese Ursächlichkeit zu umfassend ist, findet im Zivilrecht eine Einschränkung nach der Adäquanzlehre statt. Diese ist zwar in der Literatur zunehmender Kritik⁸⁹⁴ ausgesetzt, die Rechtsprechung⁸⁹⁵ hält allerdings nach wie vor daran fest, so dass sie in der Praxis weiterhin maßgeblich ist.

Nach dieser Lehre, die eigentlich keine Kausalitätsregel beinhaltet, sondern eine Einschränkung der Äquivalenztheorie ist, sind alle diejenigen Schäden kausal verursacht, deren Eintritt nach der allgemeinen Lebenserfahrung vom Standpunkt eines erfahrenen und sorgfältigen bzw. opti-

⁸⁹¹ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, RdNr. 332.

⁸⁹² Vgl. nur BGHZ 2, S. 140 f.

⁸⁹³ Zugehör/Fischer, RdNr. 1038.

⁸⁹⁴ Z.B. Lange AcP 156, S. 118 ff; Larenz¹³, Schuldrecht I, § 27 III 1b.

⁸⁹⁵ Vgl. nur BGHZ 3, S. 261 st. Rspr.; Erman¹⁰/Kuckuck, Vor § 249 RdNr. 32.

malen⁸⁹⁶ Beobachters aus nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung liegen, für den Schädiger also vorhersehbar waren.⁸⁹⁷

Daneben⁸⁹⁸ gilt ergänzend die Lehre vom Schutzzweck der Norm bzw. die Schutzbereichslehre, die die Kausalität des Schadens davon abhängig macht, ob sein Ersatz vom normativ geschützten Interesse der Norm bzw. der Vertrages umfasst wird.⁸⁹⁹ Im Bereich der Vertragshaftung hat sich die Beurteilung also am Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht zu orientieren⁹⁰⁰, weshalb nur solche Schäden vom Anwalt zu ersetzen sind, die im Bereich der geschützten Interessen liegen und nicht nur im allgemeinen Lebensrisiko begründet sind.⁹⁰¹

Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass bei der Anwaltsvertragshaftung die Schutz- und Fürsorgepflichten sehr weit gefasst werden, weshalb eine Begrenzung der Haftung eher eingeschränkt ist.⁹⁰²

Ein besonderes Problem der Kausalität entsteht im Falle des Unterlassens einer gebotenen Handlung, wie es im Rahmen der Anwaltshaftung häufig der Fall ist, z.B. bei der Unterlassung der Verjährungsunterbrechung.

Die Kausalität wird bei Unterlassung dann angenommen, wenn die durch eine Pflicht begründete Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der eingetretene Erfolg entfielen.⁹⁰³ Daher gilt in der Anwaltshaftung, dass jeder Erfolg kausal durch ein Unterlassen des Rechtsanwalts verur-

⁸⁹⁶ BGH VersR 1972, S.69.

⁸⁹⁷ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 339; MünchKomm⁴/Oetker, Bd. 2, § 249 Rdnr. 104.

⁸⁹⁸ Allgemein anerkannt, siehe nur MünchKomm⁴/Oetker, Bd. 2, § 249 Rdnr. 113.

⁸⁹⁹ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 341; Erman¹⁰/Kuckuck, Vor § 249 Rdnr. 36; MünchKomm⁴/Oetker, Bd. 2, § 249 Rdnr. 114.

⁹⁰⁰ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 342.

⁹⁰¹ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 342.

⁹⁰² Borgmann/Haug³, § 27 Rdnr. 32.

⁹⁰³ Vgl. nur Palandt⁶¹/Heinrichs, Vorb. v. § 249 Rdnr. 84; Deutsch², HaftungsR I, S. 138.

sacht wurde, der bei pflichtgemäßem Handeln ausgeblieben wäre.⁹⁰⁴ Für den Fall der falschen Beratung ist für die Kausalität zu fragen, wie sich der Mandant bei richtigem Rat verhalten hätte und ob solch ein Rat überhaupt vom Anwalt geschuldet wurde. Was der Mandant tatsächlich getan hat, spielt insoweit keine Rolle.⁹⁰⁵

Im Zusammenhang mit der Anwaltshaftung wird mittlerweile auch das Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens diskutiert. Damit ist gemeint, dass eine Haftung des Anwaltes nicht in Betracht kommt, wenn der Schaden des Mandanten auch bei rechtmäßigem Verhalten des Anwalts eingetreten wäre.⁹⁰⁶

Im Anschluss an Larenz⁹⁰⁷ geht der BGH davon aus, dass hier der Schaden außerhalb des Schutzzwecks der Norm liegt. Er hat deshalb in Einzelfällen die Haftung des Anwalts verneint, weil dieser von den betroffenen Pflichten des Anwalts nicht verhindert werden sollte.⁹⁰⁸

Die Ausführungen zur Kausalität müssen trotz der oft sehr wichtigen Rolle innerhalb der Haftung knapp gehalten werden.⁹⁰⁹ Dennoch sollen zwei Besonderheiten der Anwaltshaftung kurz angeführt werden:

Zum einen ist dies die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch das Tätigwerden eines weiteren Anwalts für den Mandanten, zum anderen die Fehlentscheidung eines Gerichts, das der Ansicht der Anwalts gefolgt ist.

Vor allem in forensischen Mandaten kommt es vor, dass nicht nur der zunächst beauftragte Anwalt tätig wird, sondern noch ein weiterer Kollege hinzugezogen wird, insbesondere als Korrespondenzanwalt in örtlich weit entfernten Gerichtsorten.

⁹⁰⁴ Borgmann NJW 2000, S. 2962; Borgmann/Haug³, § 27 Rdnr. 39.

⁹⁰⁵ BGH NJW 2002, S. 594.

⁹⁰⁶ Borgmann/Haug³, § 28 Rdnr. 43.

⁹⁰⁷ Schuldrecht I, S. 485.

⁹⁰⁸ Vgl. BGH NJW 1993, S. 522; BGH NJW 2002, S. 1120.

⁹⁰⁹ Es wird auf die Ausführungen von Borgmann/Haug³, § 28 verwiesen.

Durch die Einschaltung eines zweiten Anwalts, der ein durch den Erstanwalt bereits fehlerhaft bearbeitetes Mandat weiterführt und ebenfalls Fehler begeht, wird die Kausalität für den ersten nicht beseitigt.⁹¹⁰ Die beiden Anwälte haften als Gesamtschuldner. Dies ist dann nicht der Fall, wenn sich die Folgen der jeweiligen Fehler voneinander trennen lassen, dann kann sich die Haftung auch aufspalten, so z.B. im Falle des Korrespondenzanwalts und des Prozessbevollmächtigten, wenn der Verkehrsanwalt die Schriftsätze fertigt. Trotz Gebührenteilung werden Fehler in der Prozessführung nur dem Prozessanwalt, Fehler innerhalb der Schriftsätze nur dem Verkehrsanwalt zugerechnet.⁹¹¹

F Rechtsfolgen

Bei der Anwaltshaftung wird hinsichtlich der Rechtsfolgen zuerst an den finanziellen Ersatz des entstandenen Schadens gedacht. Dafür greifen die allgemeinen Regelungen der §§ 249 ff BGB ein.

Allerdings bestehen daneben noch andere Arten von Schadenswidergutmachung im Rahmen der Naturalrestitution. Zudem sind die Honoraranprüche des Anwalts betroffen. Das seit 01.08.2002 geltende neue Schadensrecht hat ebenfalls einige Änderungen für die Haftung ergeben, so dass im Folgenden näher auf die Rechtsfolgen der Anwaltshaftung eingegangen werden soll.

I. Rechtsfolgen vor der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002

Grundregel des Schadensersatzrechts des BGB ist § 249 BGB, die Naturalrestitution. Der Schuldner ist verpflichtet, den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne die schädigende Handlung stehen würde, soweit die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes noch möglich ist.⁹¹²

⁹¹⁰ Borgmann/Haug³, § 28 Rdnr. 54.

⁹¹¹ BGH NJW 2002, S. 1417.

⁹¹² Palandt⁶¹/Heinrichs, § 249 Rdnr. 1, 1a.

Es werden nicht sämtliche Schäden ersetzt. Im Vertragsbereich vor der Reform waren daher immaterielle Schäden bei Vertragsverletzungen nicht ersetzbar (§ 253 BGB a.F.). Dagegen war der entgangene Gewinn ausdrücklich in § 252 BGB a.F. als ersatzfähiger Schaden normiert.

Der Schaden des Gläubigers errechnet sich nach der Differenzmethode, d.h. es erfolgt ein Vergleich seines Vermögens vor und nach der schädigenden Handlung. Im Bereich der Anwaltshaftung bedeutet dies, dass das Vermögen des Mandanten vor der pflichtwidrigen Handlung des Anwalts und danach betrachtet wird.⁹¹³

Ausgangspunkt ist der in § 249 BGB zum Ausdruck kommende Gedanke der Naturalrestitution. Der Geschädigte soll so gestellt werden, wie er stünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Dieser Beurteilung liegt eine hypothetische Annahme zugrunde, nämlich die Vermutung, wie ohne die Handlung oder das Unterlassen des Schädigers nunmehr der Zustand oder die Vermögensverhältnisse des Gläubigers wären.⁹¹⁴

Für die Anwaltshaftung bedeutet dies, dass der Mandant so zu stellen ist, wie er bei pflichtgemäßem Verhalten des Anwalts stehen würde.⁹¹⁵ Dabei ist fraglich, ob für den Vergleich zwischen dem jetzt bestehenden und dem zu erwartenden Zustand ohne das schädigende Ereignis nur auf die speziell betroffenen Vermögensgegenstände oder aber auf das Gesamtvermögen abzustellen ist.⁹¹⁶ Im Ergebnis liefert dies jedoch keine Unterschiede, so dass auf dieses Problem nicht näher eingegangen werden soll.⁹¹⁷

⁹¹³ BGH NJW 1988, S. 2880.

⁹¹⁴ Zum ganzen MünchKomm⁴/Oetker, Bd. 2, § 249 Rdnr. 17 ff.

⁹¹⁵ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 392.

⁹¹⁶ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 392.

⁹¹⁷ Vgl. auch Larenz¹³, Schuldrecht I, § 29 I a.

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Feststellung des Schadens ist der der Erfüllung der Schadensersatzforderung⁹¹⁸, was der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung sein muss⁹¹⁹. Der Gläubiger soll einen Ausgleich für seinen erlittenen Schaden erhalten, weshalb nur dieser Zeitpunkt der richtige sein kann. Auch spätere, auf dem Schadensereignis beruhende Schäden werden ersetzt, können aber zum Entscheidungszeitpunkt nicht beziffert werden, weshalb für diese Fälle die Feststellungsklage das richtige prozessuale Mittel ist.

Besonders bei der Anwaltshaftung lässt sich dieser Vergleich jedoch nicht immer eindeutig ziehen und deshalb ein konkreter Schaden auch nicht klar beziffern. Daher hat der BGH es zugelassen, den Schaden wie folgt zu berechnen:

Ist ein Schaden durch bestimmte Aufwendungen zu beseitigen, so kann dieser Betrag als Schaden liquidiert werden, soweit sich aus den Umständen nicht etwas anderes ergibt.

Die Schäden, die durch eine anwaltliche Pflichtverletzung eintreten, werden in den meisten Fällen nicht mehr zu beheben sein, weshalb die Naturalrestitution des § 249 BGB nicht mehr in Frage kommt. Somit wird die Schadensersatzpflicht des Anwalts meist auf den §§ 251, 252 BGB a.F. beruhen und auf den Wertersatz gerichtet sein. Ein verlorener Prozess wegen eines Anwaltfehlers, z.B. wegen der Nichterhebung der Verjährungseinrede, kann nicht im Zuge der Naturalrestitution wieder gut gemacht werden. Die negativen Folgen müssen also in Geld ausgeglichen werden.

Die Differenzhypothese wird in Rechtsprechung und Literatur nicht konsequent durchgehalten. Im Laufe der Zeit haben sich Abweichungen von dieser Methode ergeben, die zumeist unter den Begriffen „normativer Schaden“ und „Kommerzialisierungsgedanke“ geführt werden. Hintergrund ist insbesondere der Gedanke, dass Leistungen Dritter, die im Schadensfall wegen einer vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Ge-

⁹¹⁸ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 393.

⁹¹⁹ Lange/Schiemann⁵, § 1 IV 2, S. 45.

schädigten Ausgleich leisten müssen (z.B. Versicherungen), dem Schädiger nicht zugute kommen sollen. In diesem Fall würde nach der Differenzhypothese beim Geschädigten kein Schaden eintreten, da sein Vermögen vorher und nachher gleich ist. Allerdings darf eine solche Drittleistung dem Schädiger nicht zugute kommen und seine Ersatzpflicht entfallen lassen. Um dies zu verhindern, wird ein normativer Schadensbegriff verwendet, nach welchem die Differenzrechnung durch die Wertungen aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen korrigiert wird.⁹²⁰

Eine weitere Modifizierung hat die Differenzhypothese durch den Gedanken der Kommerzialisierung erfahren. Nach Ansicht des BGH sind die Begriffe Vermögen und Vermögensschaden wirtschaftlich zu betrachten. Daher gehört alles zum Vermögen des Geschädigten, was einen wirtschaftliche Wert hat und daher im Verkehr gegen Entgelt erworben werden kann.⁹²¹

Allerdings war diese Ausweitung des Vermögensbegriffes zu groß, so dass durch die Entscheidung des Großen Senats eine Korrektur vorgenommen wurde.⁹²² In dieser Entscheidung kommt der Große Zivilsenat des BGH zu dem Ergebnis, dass die Differenzhypothese für die Bestimmung des Schadens grundlegend ist. Lediglich dann, wenn eine wirtschaftliche und normative Wertung eine Abweichung gebietet, ist nach dem Gedanken der Kommerzialisierung eine Ausnahme vom Grundsatz zu machen.⁹²³

Es gilt mithin ein „dualistischer Schadensbegriff“⁹²⁴, der als Grundlage die Differenzmethode hat. Liegen besondere wirtschaftliche oder normative Gesichtspunkte vor, die ein Abweichen rechtfertigen, so kann eine Ausnahme davon gemacht werden. Um jedoch ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit bei einem derart unbestimmten Vermögensschadensbegriff zu gewährleisten, haben sich Fallgruppen herausgebildet, die im Folgenden kurz dargestellt werden.

⁹²⁰ Zum Ganzen Palandt⁶¹/Heinrichs, Vorbem. § 249 Rdnr. 13.

⁹²¹ Vgl. nur BGH NJW 1956, S. 1235; BGH 45, S. 218.

⁹²² GrSZ BGHZ 98, S. 212.

⁹²³ s.o.

⁹²⁴ BGH WM 80, S. 250.

Im Rahmen der anwaltlichen Vertragshaftung spielen vor allem die Fallgruppen der nutzlosen Aufwendungen und der Belastung mit einer Verbindlichkeit eine Rolle. Als vergebliche Aufwendungen kommen die Prozesskosten für einen verlorenen Prozess in Frage, allerdings nur, wenn sie bereits durch einen Fehler des Anwalts hervorgerufen wurden (der Anwalt erhebt eine sinnlose Klage).⁹²⁵ Anderenfalls würde es an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden fehlen.

Eine weitere Besonderheit der Anwaltshaftung ist das Problem des Schadens wegen einem verlorenen Prozess. Voraussetzung für einen Schadensersatz ist, dass durch eine fehlerhafte Prozessführung des Anwalts dieser für den Mandanten negativ geendet hat. Im Regressprozess wendet der verklagte Anwalt zumeist ein, der Prozess wäre auch ohne seinen Fehler verloren gegangen und es fehle an einem von ihm verursachten Schaden. In dieser Fallkonstellation muss der Richter im Regressprozess also entscheiden, wie der Erstprozess unter hypothetischer Zugrundelegung des richtigen Handelns des Anwalts ausgegangen wäre.

Für die Lösung dieses Problems gibt es zwei Ansätze⁹²⁶. Eine Ansicht prüft, wie das Erstgericht den Prozess tatsächlich entschieden hätte, ohne Rücksicht darauf, ob diese Entscheidung richtig oder falsch gewesen wäre.⁹²⁷ Nach anderer Ansicht kommt es auf die hypothetische Entscheidung

⁹²⁵ Borgmann/Haug³, § 29 Rdnr. 68.

⁹²⁶ Eine Zwischenlösung vertritt Friedhoff, der unter Beweisgesichtspunkten zunächst davon ausgeht, dass das Regressgericht den Ausgang des Erstprozesses beurteilen muss und dazu nach § 287 ZPO und den Regeln des Anscheinsbeweises vorzugehen hat. Ergibt sich daraus nichts, so soll das Regressgericht den Ausgangsfall so zugrundelegen, wie es selbst entschieden hätte (Friedhoff, S. 185).

⁹²⁷ So z.B. Braun, JZ 1997, S. 261; diese Ansicht aufgreifend Mäsch, JZ 2003, S. 422.

des Erstgerichts nicht an, sondern nur auf die tatsächliche Rechtslage, die das Regressgericht selbständig inzidenter zu prüfen hat.⁹²⁸

Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung zu Recht die zweite Auffassung. Würde man der ersten Ansicht folgen wollen, so müssten im Extremfall die Richter des Ausgangsprozesses als Zeugen geladen werden, selbst im Falle einer extremen Fehlentscheidung dieses Gerichts müsste dem Mandanten Schadensersatz zugesprochen werden, obwohl er den Prozess bei richtiger Beurteilung verloren hätte.

Maßgeblich ist also die Beurteilung des Ausgangsprozesses auf der Basis, wie er bei pflichtgemäßer Führung durch den Anwalt hätte entschieden werden müssen, denn der *„Schadensersatzanspruch setzt immer die Beeinträchtigung einer materiell-rechtlich begründeten Rechtsposition voraus, es sei denn, die entsprechende Haftungsnorm verfolge ausnahmsweise den Zweck, darüber hinausgehend bereits eine bestimmte formelle Position zu schützen“*⁹²⁹

Im Übrigen gelten die allgemeinen Regeln und Probleme des Schadensrechts zu Aufwendungen, Vorteilsausgleich etc., auf welche in diesem Rahmen nicht weiter eingegangen werden kann.⁹³⁰

II. Rechtsfolgen nach der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002

Durch die Schuldrechtsreform selbst hat sich an dem bis dato geltenden Schadensrecht in den §§ 249 ff BGB nichts geändert. Seit dem 01.08.2002 gilt allerdings ein neues Schadensrecht durch eine gesonderte Reform, die insbesondere im Hinblick auf den immateriellen Schaden eine Änderung mit sich gebracht hat. War dieser bisher nur über das Deliktsrecht über § 847 BGB a.F. zu erlangen, gibt nun § 253 III BGB n.F.

⁹²⁸ So st. Rspr. BGHZ 36, S. 154; BGHZ 124, S. 96; Zugehör, NJW 2003, S. 3231.

⁹²⁹ BGHZ 124, S. 96.

⁹³⁰ Vgl. insbesondere Borgmann/Haug³, § 29.

im Allgemeinen Teil des BGB somit für alle Haftungsnormen einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens, soweit dieser eingetreten ist.

Kommt eine Haftung nach § 280 I BGB (pFv) oder aus den §§ 280 I, 311 II BGB n.F. in Betracht, so ist auch aus diesen Normen ein entstandener immaterieller Schaden zu ersetzen. Dies gilt es in Zukunft zu beachten. Ein näheres Eingehen auf die einzelnen Probleme in diesem Zusammenhang würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

An den Grundsätzen des Schadensrechts hat sich allerdings, wie oben dargestellt, nichts geändert, so dass insoweit verwiesen werden kann.

Allerdings hat sich an den Anspruchsvoraussetzungen für den Schadensersatz etwas geändert, je nach dem, was der Mandant als Schadensersatz geltend macht.

Grundsätzlich ist § 280 I BGB die alleinige Grundlage für Schadensersatz wegen Pflichtverletzung. Je nachdem, welche Art von Schadensersatz der Mandant geltend macht, treten zusätzliche gesetzliche Voraussetzungen hinzu, wie sich aus den §§ 282 ff BGB n.F. ergibt.

Der Gesetzgeber hat für die verschiedenen Schadensarten nämlich statt der Leistung (bisher Nichterfüllung) in den §§ 281, 282 BGB n.F. bei Ausschluss der Leistung § 283 BGB n.F., Aufwendungsersatz in § 284 BGB n.F., Herausgabe des Ersatzes in § 285 BGB n.F. und Verzugsschaden § 286 BGB n.F. über § 280 II, III BGB n.F. zusätzliche Voraussetzungen zur § 280 I BGB n.F. geschaffen.

Die vergeblichen Aufwendungen des Mandanten, wie z.B. Prozesskosten, kann er nach § 284 BGB n.F. statt Schadensersatz fordern. Dabei handelt es sich um eine den Schadensersatz ausschließende Alternative. Der Mandant muss sich also entscheiden, ob er seine vergeblichen Aufwendungen oder Schadensersatz geltend machen will.

Schadensersatz statt der Leistung iSd §§ 281, 283, 280 III BGB n.F. wird im Rahmen der Anwaltshaftung kaum jemals in Betracht kommen.

G Haftung gegenüber Dritten – Haftungsgrundlagen

Die Haftung des Anwalts gegenüber dritten, d.h. gegenüber Personen, mit denen keine Mandatsbeziehung besteht, ist ein sehr weites Feld. Es ergeben sich zahlreiche Probleme, die innerhalb dieser Arbeit nur kurz angerissen werden können. Bereits hier sei für diese Problematik auf die Arbeit von Bell⁹³¹ verwiesen.

I. Haftungsgrundlagen vor der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002

Da beim anwaltlichen Mandat in der Regel eine Zweierbeziehung vorliegt, kommt die Haftung gegenüber Dritten grundsätzlich nicht in Frage.⁹³² Erst dann, wenn besondere Umstände hinzutreten, kann ein Schaden, der nicht lediglich Reflexschaden ist, von einem Dritten gegen den Anwalt liquidiert werden.

Als Haftungsgrundlage kommen der Vertrag zugunsten Dritter, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, c.i.c sowie mögliche Drittschadensliquidation in Betracht.⁹³³

Der unechte Vertrag zugunsten Dritter wird so abgeschlossen, dass zwischen den Vertragspartnern vereinbart wird, dass die Leistung auch an einen Dritten erbracht werden kann oder muss, dass dieser selbst aber kein eigenes Recht auf die Leistung erhält.⁹³⁴ In dieser Konstellation

⁹³¹ Bell, Anwaltshaftung gegenüber Dritten, 1996.

⁹³² So z.B. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1986, S.730.

⁹³³ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 61.

⁹³⁴ MünchKomm⁴/Gottwald, Bd. 2, § 328 Rdnr. 9; Erman¹⁰/R. Battes, vor § 328 Rdnr. 2.

kommen Schadenseratzansprüche des Dritten gegen den Anwalt nicht in Betracht.⁹³⁵

Dagegen entsteht bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter iSd § 328 BGB ein originäres Leistungsforderungsrecht des Dritten mit der Entstehung eines Deckungs- und Valutaverhältnisses.⁹³⁶ Der Dritte erlangt somit eine eigene Gläubigerstellung, weshalb bei Pflichtverletzungen des Anwalts entstehende Schäden des Dritten zu ersetzen sind.⁹³⁷

Als typische Beispiele des anwaltlichen Vertrags zugunsten Dritter werden die Verträge mit Rechtsschutzversicherern und Kfz-Haftpflichtversicherern genannt. Für erstere gilt, dass hier nach der eindeutigen Regelung des § 16 II ARB kein Vertrag zugunsten Dritter geschlossen wird, sondern ein Fall der Stellvertretung vorliegt.⁹³⁸ Somit scheiden Ansprüche des Rechtsschutzversicherers gegen den Anwalt aus. Dagegen liegt der klassische Fall des Vertrages zugunsten Dritter vor, wenn die über § 3 PflichtVersG direkt in Anspruch genommene Kfz-Haftpflichtversicherung einen Anwalt beauftragt, den ebenfalls mitverklagten Halter oder Fahrer des Pkws mitzuvertreten.⁹³⁹

Die Anwendung der Grundsätze über die Haftung aus Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte findet durch den BGH in ständiger Rechtsprechung seit 1965 statt.⁹⁴⁰ Bei den gesetzlich nicht geregelten Verträgen mit Schutzwirkung erwirbt der Dritte keine originäres eigenes Recht, es müssen nur seine Interessen bei Durchführung des Vertrages berücksichtigt werden.⁹⁴¹

⁹³⁵ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 63.

⁹³⁶ Vgl. Zugehör/Zugehör, Rdnr. 1352.

⁹³⁷ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 64.

⁹³⁸ MünchKomm⁴/Gottwald, Bd. 2, § 328 Rdnr. 37; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 65.

⁹³⁹ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 1356.

⁹⁴⁰ Grundlegend BGH NJW 1965, S. 1955.

⁹⁴¹ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 68.

Für einen Anspruch auf Schadensersatz des Dritten müssen die notwendigen Voraussetzungen vorliegen. Dazu gehört, dass der Dritte zum abgeschlossenen Vertrag eine Nähebeziehung hat, was auch als Leistungsnähe bezeichnet wird. Zudem bedarf es für den notwendigen Schutz des Dritten einer engeren Beziehung zum Gläubiger, d.h. dieser muss ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages haben. Der BGH hat seine „Wohl und Wehe“-Formel, nach der eine persönliche Fürsorge- und Obhutpflicht zwischen dem Gläubiger und dem Dritten bestehen muss, aufgegeben⁹⁴² und lässt auch andere Dritte als Schutzberechtigte zu.⁹⁴³

Weiterhin muss die Einbeziehung des Dritten für den Schuldner bei Vertragsschluss vorhersehbar gewesen sein, um ihm zumindest die Möglichkeit einzuräumen, seine Verpflichtungen auch gegenüber dem Dritten zu erfüllen.⁹⁴⁴

Letztes Kriterium für den Vertrag mit Schutzwirkung ist, dass der Dritte überhaupt schutzbedürftig ist. Dieses Tatbestandsmerkmal entfällt z.B., wenn der Dritte eigene vertragliche Ansprüche hat⁹⁴⁵.

Beispiele, bei denen die Rechtsprechung einen Vertrag zugunsten Dritter bejaht hat, sind: Schadensersatz der Kinder, wenn der Anwalt beauftragt war, Vermögenswerte auf sie zu übertragen oder Unterhalt zu sichern⁹⁴⁶, oder der Ehefrau, wenn deren Witwenrente gesichert werden sollte.⁹⁴⁷

Problematisch ist die Haftung des Anwalts für Auskünfte gegenüber Dritten. Diskutiert wird die Frage, ob ein Anwalt auch der gegnerischen Partei haftet, wenn er im Zusammenhang mit dem Mandat mit dieser in Kontakt

⁹⁴² BGH NJW 1984, S. 356.

⁹⁴³ Zum Ganzen MünchKomm⁴/Gottwald, Bd. 2, § 328 Rdnr. 112, 113.

⁹⁴⁴ Zum Ganzen vor allem Bell, S. 96 ff; MünchKomm⁴/Gottwald, Bd. 2, § 328 Rdnr. 117.

⁹⁴⁵ Vgl. BGH NJW 1996, S. 2927.

⁹⁴⁶ BGH NJW 1977, S. 2073.

⁹⁴⁷ BGH NJW 1988, S. 201.

tritt und aufgrund der abgeschlossenen rechtlichen Prüfung Empfehlungen für die Behebung der Auseinandersetzungen gibt. Als Haftungsgrundlagen kommen ein stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag⁹⁴⁸, c.i.c. oder das Deliktsrecht⁹⁴⁹ in Frage. Allerdings richtet sich ein Anspruch des Gegners nach den Besonderheiten des Einzelfalles, von einer grundsätzlichen Haftung kann m.E. nicht ausgegangen werden. Der Kontakt mit dem Gegner ist ein wesentlicher Teil der anwaltlichen, insbesondere der forensischen Tätigkeit, so dass auch eine Haftung ihm gegenüber im Regelfall nicht angezeigt ist. Insbesondere ist zu beachten, dass der Anwalt für die Wahrnehmung der Rechte seiner Mandanten zu sorgen hat und bei Verletzung dieser Pflicht haftet, weshalb Schutz- und Rücksichtnahmepflichten gegenüber dem Gegner kontraproduktiv wären. Der BGH hat die Anwälte mit einer solchen Pflicht bisher „verschont“.⁹⁵⁰

Verletzt der Anwalt eine drittbezogenen Pflicht, so ist er zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.⁹⁵¹

Daneben kommen noch Haftungen des Anwalts bei Treuhandverträgen⁹⁵² und aus Prospekthaftung in Frage.⁹⁵³

II. Haftungsgrundlagen nach der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002

Durch die Schuldrechtsreform hat sich an den Regelungen des Vertrages zugunsten Dritter nichts geändert.

⁹⁴⁸ So BGH NJW 1972, S.680.

⁹⁴⁹ BGH NJW 1972, S. 680.

⁹⁵⁰ So Zugehör/Zugehör, Rdnr. 1440.

⁹⁵¹ Ausführlich mit Hinweis auf die Rechtsprechung Zugehör/Zugehör, Rdnr. 1413 ff.

⁹⁵² Dazu Rinsche⁶, Rdnr. I 43 ff.

⁹⁵³ Siehe vor allem Zugehör/Zugehör, Rdnr. 1568 ff; Bell, S. 164.

Die Haftungsgrundlage für Pflichtverstöße des Anwalts bildet nunmehr allgemein § 280 I BGB n.F. bzw. § 280 I BGB iVm § 311 II, III BGB n.F. Da für den Vertrag mit Schutzwirkung die Regeln der §§ 328 ff BGB analog angewandt werden, kommt der neue § 311 III BGB n.F. insoweit nicht zur Anwendung.⁹⁵⁴

Mit Ausnahme der neuen Anspruchsgrundlagen ergibt sich inhaltlich keine Änderung gegenüber der Rechtslage vor dem 01.01.2002.

H Beweis und Beweislast

In den obigen Ausführungen wurde bereits mehrfach auf die Problematik des Beweises und der Beweislast eingegangen. Im Folgenden werden die wesentlichen Problematiken im Rahmen der Anwaltshaftung nochmals zusammengefasst und gegebenenfalls vertieft.

I. Beweis des Mandats und dessen Umfang

Der Umfang und der Inhalt des Anwaltsvertrages spielen für die Haftung eine durchaus bedeutsame Rolle. Ist das Mandat des Anwalts z.B. auf eine bestimmte Rechtsfrage oder einen bestimmten Fragenkreis beschränkt, kommt eine Haftung wegen der Nichtbeachtung außerhalb des Mandats liegender Probleme nicht in Betracht. Für die Tatsache der Beauftragung sowie des Umfangs des Mandats ist im Falle eines Regresses der Mandant voll beweispflichtig. Er kann sich dabei auch nicht auf eine Beweiserleichterung stützen, da der Vollbeweis gilt.⁹⁵⁵

Nach der allgemeinen Grundregel hat derjenige, der eine für ihn günstige Rechtsnorm in Anspruch nehmen will, sämtliche Anspruchsvoraussetzungen zu behaupten und zu beweisen.⁹⁵⁶

⁹⁵⁴ Zugehör, Rdnr. 337.

⁹⁵⁵ So auch Borgmann/Haug³, § 42 Rdnr. 2.

⁹⁵⁶ Vgl. nur Baumgärtel/Laumen², § 675 Rdnr. 4, 7.

Will allerdings der Anwalt sein Honorar einklagen, trifft ihn für das Bestehen und den Umfang des Mandats die Beweislast.

II. Beweislast der Pflichtwidrigkeit

Nach dem bisherigen Recht war die pFv die klar dominierende Anspruchsgrundlage für die Haftung des Anwalts. Nach der Schuldrechtsreform ist für die Haftung stets das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne des § 280 I 1 BGB n.F. notwendig, weshalb die Überschrift sowie die Beschränkung auf diese Fragestellung berechtigt ist.

Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist der Mandant für das objektive Vorliegen einer Pflichtverletzung des Anwalts voll beweispflichtig.⁹⁵⁷ Aus dem Wesen des Anwaltsvertrages als Dienstvertrag, in welchem kein Erfolg geschuldet wird, ergibt sich auch, dass dem Gläubiger für die Beweisführung keine Beweiserleichterung durch Anscheinsbeweis oder Beweislastumkehr gewährt werden kann.⁹⁵⁸ Dies gilt auch für negative Tatsachen wie das Unterlassen notwendiger Belehrungen.⁹⁵⁹

Allerdings erlegt der BGH dem Anwalt auf, auf die vom Mandanten behauptete Pflichtverletzung substantiiert vorzutragen, warum eine solche nicht vorliegt. Dabei fordert der BGH zwar nicht, dass sich der Anwalt exakt an Ort und Zeit erinnert, stellt jedoch an die notwendigen Behauptungen nicht unerhebliche Anforderungen.⁹⁶⁰

⁹⁵⁷ Vgl. nur BGH NJW 1987, S. 1322; BGH NJW 1998, S. 137; Borgmann/Haug³, § 43 Rdnr. 7; Seidl, AnwBl 2000, S. 107; Jauernig¹⁰/Vollkommer, § 280 Rdnr. 23; Vollkommer/Heinemann², Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 669.

⁹⁵⁸ So z.B. BGH NJW 1985, S. 265.

⁹⁵⁹ BGH NJW 1998, S. 137.

⁹⁶⁰ BGH NJW 1991, S. 2283.

Diese Behauptungen muss der Kläger dann durch Beweis voll widerlegen.⁹⁶¹ Dennoch bleibt es dabei, dass die Beweislast letztlich voll beim Mandanten verbleibt.

III. Rechtswidrigkeit

Innerhalb der Rechtsprechung und Literatur finden sich kaum Ausführungen über die Beweislast der Rechtswidrigkeit bei Verträgen. Symptomatisch für die problematische Abgrenzung von Pflichtwidrigkeit und Verschulden ist, dass die meisten Fragen in diesem Zusammenhang innerhalb der Schuld behandelt werden, ohne zwischen den grundlegend unterschiedlichen Prüfungsschritten zu unterscheiden.

Der Grund hierfür liegt darin, dass insbesondere bei der Anwaltshaftung die jeweiligen Pflichten aus der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt abgeleitet werden (s.o.). Die h.M. zählt diese Definition aber zur Fahrlässigkeit als Verschuldensbestandteil, weshalb der Schwerpunkt der Prüfung immer bei der Schuld liegt und zumeist Rechtswidrigkeit und Verschulden in einem Punkt zusammengefasst werden⁹⁶².

Tatsächlich steht die Rechtswidrigkeit aber der Pflichtverletzung näher bzw. ist Bestandteil dieser bei der Vertragshaftung als Pflichtwidrigkeit, sodass konsequenterweise die Ausführungen zur Beweislast im Zusammenhang mit der objektiven Pflichtverletzung gemacht werden müssten.

In diese Richtung gehen auch die Ausführungen von Vollkommer:

„Angesichts der hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung an die beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten eines ‚ordentlichen‘ Rechtsanwalts im rechtlichen Bereich stellt, wird häufig eine objektiv fehlerhafte, u.U. auch nur eine objektiv unzumutbare Handlung als Außerachtlassung

⁹⁶¹ BGH NJW 1987, S. 1323.

⁹⁶² Vgl. nur Borgmann/Haug³, § 44 Rdnr. 18; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 507.

*der berufsüblichen Sorgfalt eines gewissenhaften und erfahrenen Durchschnittsanwalts und damit als fahrlässig gewertet werden. Damit verbleiben für die Beweislastfragen nur die Fälle, in denen zweifelhaft ist, ob das, was der Anwalt getan oder seinem Mandanten geraten hat, überhaupt falsch (und damit pflichtwidrig) war. Hier wird sich der Anwalt im Hinblick darauf, das schon die Pflichtwidrigkeit zweifelhaft ist, auch bei entsprechender Anwendung der §§ 282, 285 BGB nicht selten exkulpieren können.*⁹⁶³

Nach m.E. muss sich der Anwalt hier nicht exkulpieren. Denn wenn die Pflichtwidrigkeit als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zweifelhaft ist, ist sie nicht bewiesen. Da sie aber zum Tatbestand gehört und deshalb vom Gläubiger zu beweisen ist, ist die Klage schon mangels nachgewiesenem Tatbestand abzuweisen. Auf eine Exkulpation kommt es gar nicht mehr an.

Bereits oben wurden die widerstreitenden Theorien zur Rechtswidrigkeit, zum einen die Lehre vom Erfolgsunrecht, zum anderen die Lehre vom Handlungsunrecht, aufgeführt.

Nach der Handlungsunrechtslehre liegt die Beweisbelastung für das Vorliegen einer rechtswidrigen Handlung beim Kläger.⁹⁶⁴ Dies beruht darauf, dass nach Ansicht der Vertreter der Handlungsunrechtslehre eine rechtswidrige Pflichtverletzung erst vorliegt, wenn ein Verstoß gegen Ver- oder Gebotsnormen tatsächlich festzustellen ist.⁹⁶⁵ Im Bereich der Anwaltshaftung als Dienstvertrag, in welchem kein Erfolg geschuldet wird und daher der Lehre vom Erfolgsunwert an sich schon Grenzen gesetzt sind, ist dies sicher richtig. Da kaum rechtliche Pflichten des Anwalts gesetzlich normiert sind, werden diese aus der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hergeleitet (s.o.). Damit ist diese Gegenstand der Pflichtwidrigkeit und somit vom Kläger zu beweisen.

⁹⁶³ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 507.

⁹⁶⁴ Vgl. nur MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 15.

⁹⁶⁵ Statt aller Soergel¹²/Wolf, § 276 Rdnr. 22.

Auch die Lehre vom Erfolgsunrecht geht beim Dienstvertrag nicht von der Möglichkeit einer indizierten Rechtswidrigkeit aus.⁹⁶⁶ Beim Dienstvertrag wird kein Erfolg geschuldet, weshalb auch nach der Lehre vom Erfolgsunrecht keine Indizierung möglich ist, sondern der Gläubiger beweisen muss, dass die Pflicht nicht ordnungsgemäß erbracht wurde.⁹⁶⁷

Die Beweislast für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit des anwaltlichen Handelns liegt also beim Mandanten.

IV. Schuld

Im Rahmen der anwaltlichen Vertragshaftung ging der BGH zunächst davon aus, dass auf eine schuldhafte positive Forderungsverletzung die Beweislastumkehr des § 282 BGB a.F. nicht analog anzuwenden sei.⁹⁶⁸

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1986 forderte er jedoch, dass der Anwalt nicht pauschal seine Schuld bestreiten darf, sondern konkret vortragen muss, wie es zu der Pflichtverletzung kam; dies änderte aber grundsätzlich nichts an der Beweislastverteilung.⁹⁶⁹

Sodann entschied der BGH, dass auch im Bereich der Anwaltshaftung der Gedanke des § 282 BGB a.F. anzuwenden sei und der Anwalt die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtverschulden seiner vertraglichen Pflichtverletzung trage.⁹⁷⁰ Damit schwenkte der BGH auf die Ansicht der

⁹⁶⁶ MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 16.

⁹⁶⁷ Vgl. nur Deutsch², HaftungsR I, Rdnr. 254, 255; Musielak AcP 176, S. 471; MünchKomm⁴/Grundmann, Bd. 2, § 276 Rdnr. 21; Raape, AcP 147, S. 252.

⁹⁶⁸ So z.B. BGH VersR 1967, S. 663; BGH NJW 1977, S. 1102.

⁹⁶⁹ BGH WM 1986, S. 676.

⁹⁷⁰ BGH VersR 1987, S. 179; NJW 1987, S. 327; NJW 1996, S. 2932; BGH NJW 2002, S. 292.

h.L. ein, die schon länger diese Ansicht vertrat.⁹⁷¹ Allerdings entschied der BGH im Jahr 1999 wieder wie folgt:

*„Im Rechtsstreit gegen einen Rechtsanwalt hat grundsätzlich der Mandant darzutun und zu beweisen, dass der Anwalt die sich aus dem Anwaltsvertrag ergebenden Pflichten schuldhaft verletzt hat und dass dem Mandanten dadurch ein Schaden entstanden ist.“*⁹⁷²

Wegen der Probleme, die die h.M. mit der Unterscheidung von Pflichtverletzung und Verschulden hat, hat Heinemann bezüglich der analogen Anwendung des § 282 BGB a.F. folgende m.E. resignierende Resümees gezogen:

*„Ob und unter welchen Voraussetzungen dem Mandanten hinsichtlich der Verschuldensfrage ein Beweislastvorteil zugute kommt, ist eine weitgehend müßige Frage. Aufgrund des objektvierten Fahrlässigkeitsmaßstabs ist nicht recht auszumachen, worin sich objektiv pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten noch unterscheiden sollen.“*⁹⁷³

Nach der neuen Regelung des § 280 I 2 BGB n.F. ergibt sich die Beweislast des Rechtsanwalts für eine unverschuldete Pflichtverletzung nun eindeutig.

Damit folgt aus der h.M. zu Pflichtwidrigkeit und Verschulden, dass der Anwalt einer Art Gefährdungshaftung ausgesetzt ist. Die Pflichtwidrigkeit der Handlung des Anwalts lässt sich, ausgenommen tatsächlich vorgenommener vertraglicher Absprachen, aus der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ableiten, welche gleichwohl Gegenstand der Fahrlässigkeit und somit des vermuteten Vertretenmüssens ist. Der Mandant muss also nach dieser Meinung nur das Vorliegen einer objektiv pflichtwidrigen Handlung

⁹⁷¹ Z.B. Baumgärtel/Lauman², § 675 Rdnr. 16; Rosenberg⁵, Die Beweislast, S. 362, 363; Rinsche⁶, I 306; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht, Rdnr. 507; siehe auch Zugehör/Fischer, Rdnr. 1033.

⁹⁷² BGH NJW 1999, S. 2437.

⁹⁷³ Heinemann, NJW 1990, S. 2347.

beweisen, dann wird sowohl die Rechtswidrigkeit als auch das Verschulden vermutet. Dies ist in sich auch logisch, da die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach der h.M. sowohl in der Rechtswidrigkeit als auch in der Schuld enthalten ist und tatsächlich nicht sachgerecht voneinander unterschieden werden kann.

Fischer spricht diese Konsequenz in seltener Offenheit an:

„Die persönliche Eigenart des Schuldners, seine individuellen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sind nicht von Belang. Vielmehr ist auf die berechnete Verkehrserwartung an die betreffende Berufsgruppe allgemein abzustellen, also auf das Maß an Fähigkeiten, Umsicht und Sorgfalt, das von den Angehörigen dieses Standes bei Erledigung des entsprechenden Geschäfts typischerweise verlangt werden kann.

*Auch die Beurteilung des Anwaltsverschuldens ist an diesem Maßstab auszurichten, davon geht die höchstrichterliche Rechtsprechung als selbstverständlich aus. Die gebotene objektive Betrachtungsweise erklärt, warum die meisten Entscheidungen sich nur kurz oder gar nicht mit dem Verschulden befassen. Ist die objektiv gebotene Sorgfalt nicht gewahrt, so kann sich der Verpflichtete nur in Ausnahmefällen darauf berufen, nicht schuldhaft gehandelt zu haben.*⁹⁷⁴

Der BGH löst also das Verschuldensprinzip und den klassischen dreistufigen Prüfungsaufbau auf und nimmt lediglich noch die Feststellung der objektiven Pflichtwidrigkeit vor. Der Anwalt kann sich dann nur noch versuchen zu exkulpieren oder er haftet. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der BGH dem Anwalt die Beweispflicht auferlegt, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einzuhalten, müsste in logischer Konsequenz der Anwalt bereits beweisen, dass er nicht objektiv pflichtwidrig gehandelt hat, da ja bereits im objektiven Tatbestand exakt dasselbe geprüft wird. Da aber auch der BGH die Beweislast für die objektiven Tatbestands-

⁹⁷⁴ Zugehör/Fischer, RdNr. 1014, 1015; als neueres Beispiel des BGH, in welchem diese Feststellung deutlich erkennbar wird siehe BGH NJW 2002, S. 1049; NJW 2002, S.290.

merkmale beim Gläubiger sieht, liegt ein logischer Bruch vor, den auch der BGH nicht schlüssig klären kann.

Als letztes anschauliches Beispiel für das Vorgehen des BGH soll die Entscheidung aus dem Jahr 1999 dienen, in welcher er wie folgt tenorierte:

*„Ein Rechtsanwalt handelt fahrlässig, wenn er eine Kündigungsschutzklage nur gegen eine zweite Kündigung erhebt, obwohl er Anhaltspunkte dafür hat, dass dem Mandanten möglicherweise zuvor schon einmal gekündigt worden ist.“*⁹⁷⁵

Entgegen dem Tenor ist die Handlung bzw. Unterlassung des Anwalts nicht ein Problem der Fahrlässigkeit, sondern der objektiven Pflichtverletzung, weil nicht alles getan wurde, um Schaden vom Mandanten abzuwenden. Hier zeigt sich wieder, dass der BGH nicht zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden trennt, sondern die verschiedenen Prüfungsstufen miteinander vermischt und lediglich zusammenfassende Feststellungen trifft.

Nach der Ansicht Nipperdeys, der in dieser Arbeit gefolgt wird, kann dies nicht geschehen. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist Gegenstand der Rechtswidrigkeit und daher vom Gläubiger zu beweisen. Die Fahrlässigkeit ist eine reine Zurechnungsvorschrift bzw. Verantwortlichkeitsvorschrift, die die Fähigkeiten des einzelnen als erheblich anerkennt, unter Berücksichtigung der Lehre vom Übernahmeverschulden. Daher kann eine Vermischung der verschiedenen Prüfungsstufen nicht vorkommen und somit Rechtssicherheit erzielt werden.

Durch das vermutete Verschulden muss der Rechtsanwalt nachweisen, dass er die notwendigen Fähigkeiten nicht hatte bzw. die Pflicht nicht beachten konnte und zudem, dass ihm dies bei Übernahme des Mandats auch erkennbar und vorhersehbar war. Dies wird ihm kaum gelingen und wenn doch, so liegt eben kein Verschulden vor, womit der Maxime des BGB, der Verschuldenshaftung, Rechnung getragen ist.

⁹⁷⁵ BGH NJW 1999, S. 1391.

V. Kausalität

Der Kläger ist auch für die Kausalität, sowohl haftungsbegründend wie haftungsausfüllend beweispflichtig;⁹⁷⁶ für erstere gilt § 286 ZPO, für letztere § 287 ZPO.

Entgegen der Arzthaftung wird im Bereich des Anwaltsvertrages eine Beweislastumkehr auch bei besonders grober Fahrlässigkeit nicht als gerechtfertigt angesehen.⁹⁷⁷

Lediglich im Bereich der Aufklärungs- und Beratungsfehler lässt der BGH in bestimmten Fällen einen Anscheinsbeweis zu mit der Vermutung, bei richtiger und pflichtgemäßer Beratung hätte der Mandant entsprechend gehandelt bzw. die schädigende Handlung unterlassen.⁹⁷⁸

Auf die weiteren Besonderheiten der Beweislastverteilung beim Anwaltsvertrag muss auf die Ausführungen von Baumgärtel/Laumen⁹⁷⁹ verwiesen werden, um den Umfang der Arbeit nicht zu sprengen.

VI. Weitere Beweisfragen

Im Regressprozess hat der Mandant, soweit er sich auf einen durch eine schuldhafte Pflichtverletzung verlorenen Prozess bezieht, dieselbe Beweislast wie im Ausgangsprozess, d.h. der Kläger muss nur das beweisen, was er auch in dem ursprünglichen Klageverfahren zur Durchsetzung seiner Ansprüche hätte beweisen müssen. Er darf hinsichtlich der Beweis-

⁹⁷⁶ Statt aller Baumgärtel/Laumen² § 675 BGB Rdnr. 17.

⁹⁷⁷ So z.B. BGH Urteil vom 09.06.1994, Az. IX ZR 125/93 zitiert nach Borgmann/Haug³, § 45 Rdnr. 24.

⁹⁷⁸ BGH NJW 1993, S. 3254; BGH NJW 2000, S. 1573; vgl. klarstellend vor allem auch BGH NJW 2002, S. 594.

⁹⁷⁹ Baumgärtel/Laumen², § 675 Rdnr. 17 ff.

last nicht schlechter gestellt werden als im Vorprozess.⁹⁸⁰ Damit hat der Anwalt im Regress die Beweislast, die der Gegner im Vorprozess hatte.

Auch für den behaupteten Schaden ist der Mandant voll beweispflichtig, allerdings durch § 287 ZPO in weniger gravierender Weise. Dabei können im Einzelfall noch Beweiserleichterungen hinzukommen, soweit gerade das Verhalten des Anwalts den Nachweis erschwert hat.⁹⁸¹

I Verjährung

Die Verjährung der Ansprüche gegen den Rechtsanwalt ist speziell in § 51b BRAO geregelt und beträgt 3 Jahre. Die Frist beginnt mit der Entstehung des Anspruchs, spätestens mit der Beendigung des Mandats (§ 51b BRAO).

Zu beachten ist, dass diese spezielle Verjährungsregel, die den allgemeinen Regelungen des BGB vorgeht, nicht dem neuen Schuldrecht angeglichen wurde und auch nur für solche Schäden gilt, die aus der anwaltlichen Berufsausübung entstehen, somit der Bereich des § 3 BRAO.⁹⁸²

Erfasst werden die hier ausschließlich interessierenden vertraglichen Ansprüche vor allem aus c.i.c., pFv bzw. § 280 I BGB iVm § 311 II, III BGB n.F.⁹⁸³

Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 51 b 1. Alt BRAO mit dem Entstehen des Anspruchs und zwar unabhängig von der Kenntnis des Mandanten. Bis zur Schuldrechtsreform galt daher ein Gleichlauf des Verjäh-

⁹⁸⁰ St. Rspr. BGH seit BGHZ 30, 231.

⁹⁸¹ Dazu Borgmann/Haug³, § 47 Rdnr. 48.

⁹⁸² Borgmann/Haug³, § 48 Rdnr. 2; so z.B. nicht, wenn der Anwalt nicht aufgrund eines Rechtsanwaltvertrages nach § 3 BRAO sondern als Testamentsvollstrecker tätig wird, dann gilt die allgemeine Verjährung BGH NJW 2002, S. 3774 (für § 195 BGB a.F.).

⁹⁸³ BGH NJW 1993, S. 199.

rungsbeginns von BRAO und BGB. Seit der Reform ist die Regelverjährung des § 195 BGB n.F. – 3 Jahre – abhängig von der Kenntnis des Gläubigers bzw. der grob fahrlässigen Unkenntnis nach § 199 I Nr. 1, 2 BGB n.F. Daneben gilt nach § 199 III BGB n.F. die ultimo Verjährung nach 10 Jahren bzw. nach § 199 II BGB n.F. bei Verletzung höchstpersönlicher Rechte 30 Jahre. Der Gesetzgeber hat es übersehen bzw. zumindest unterlassen, die Regelungen der BRAO an die neuen Regeln des BGB anzupassen, weshalb der Anwalt nunmehr durch § 51 b BRAO privilegiert wird.

Mit der Festlegung des Verjährungsbeginns auf die Entstehung des Anspruchs ist noch nicht geklärt, wann dieser tatsächlich entsteht. Im Falle des Schadensersatzanspruches ist dies die Entstehung des Schadens.⁹⁸⁴

Zunächst ließ es der BGH dabei bewenden, dass bereits bei der Möglichkeit der Erhebung einer verjährungsunterbrechenden Feststellungsklage die Frist zu laufen beginne.⁹⁸⁵ Da eine solche aber schon bei der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts möglich ist, würde die Verjährung für den Mandanten abgekürzt, weshalb der BGH diese Rechtsprechung 1992 aufgab und seitdem den Beginn der Verjährung davon abhängig macht, dass tatsächlich eine objektive Vermögensverschlechterung beim Mandanten eingetreten ist.⁹⁸⁶

Lässt der Anwalt z.B. einen Anspruch verjähren, so tritt bereits zu diesem Zeitpunkt der Schaden für den Mandanten ein, ohne dass sich der Gegner noch auf die Einrede berufen muss.⁹⁸⁷ Ein weiteres Beispiel ist das Versäumen der Erhebung der Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses. Hier soll nach der Ansicht des BGH bei Führung eines Haftungsprozesses der Erben die objektive Vermögensverschlechterung erst mit dem Erlass ei-

⁹⁸⁴ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 1231.

⁹⁸⁵ BGH NJW 1987, S.1887.

⁹⁸⁶ BGH NJW 1992, S. 2766; NJW 2000, S. 1264.

⁹⁸⁷ BGH NJW 2001, S. 3544; BGH NJW 1993, S. 2045; OLG Düsseldorf VersR 1989, S. 699.

ner für den Mandanten nachteiligen ersten gerichtlichen Entscheidung eintreten.⁹⁸⁸

Die zweite Alternative in § 51 b BRAO ist zur ersten subsidiär.⁹⁸⁹ Eine Beendigung des Mandats kommt eindeutig durch eine Kündigung und deren Zugang zustande. Weiter ist die Beendigung durch vollständige Erledigung des Auftrages bzw. Abschluss einer Instanz möglich. Wann in diesen Fällen allerdings konkret das Mandat endet, ist schwierig zu bestimmen, der tatsächliche Beendigungszeitpunkt nur schwer exakt festzumachen. Dem Anwalt ist daher anzuraten, dem Mandanten die nach seiner Sicht vorliegende Beendigung des Mandats schriftlich mitzuteilen, um so möglicherweise eine Verjährungsverzögerung zu seinen Ungunsten zu verhindern. Auch die Erteilung einer Schlusshonorarrechnung genügt, um die Beendigung anzuzeigen.⁹⁹⁰ Denn auch wenn das Mandat objektiv nicht vollständig bearbeitet ist, beginnt die Verjährung nach § 51 b Alt. 2 BRAO zu laufen, wenn der Anwalt dem Mandanten anzeigt, dass er von einer Beendigung ausgeht.⁹⁹¹

Eine Besonderheit im Rahmen des Verjährungsrechts anwaltlicher Regressansprüche hat der BGH geschaffen. Er legt dem Anwalt die Pflicht auf, seinen Mandanten auf einen Haftungsanspruch und die Verjährungsfrist hinzuweisen.⁹⁹² Tut er dies nicht, so entsteht ein Sekundäranspruch des Mandanten, nach welchem der Anwalt wiederum haftet.

Der BGH fordert vom Anwalt, dass er seinen Mandanten auf Regressansprüche aufmerksam macht und ihm sogar dabei hilft, diese Ansprüche

⁹⁸⁸ BGH NJW 2002, 1415

⁹⁸⁹ vgl. nur BGH NJW 1985, 2253; BGH NJW 2002, 1416

⁹⁹⁰ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 1240. Dabei ist zu beachten, dass die Beendigung des Mandats und die Rechnungsstellung nicht miteinander verbunden sein müssen, da das Mandat als vorher oder nachher tatsächlich enden kann vgl. BGH Entscheidung vom 15.07.1999, Az. IX ZR 4/98 in AGS 2000, S. 143.

⁹⁹¹ Entscheidung des BGH vom 12.03.2002, Az. IX ZR 34/01; BRAK-Mitt 2002, S. 117 (red. Leitsatz).

⁹⁹² Z.B. BGH NJW 1985, S. 2250; vgl. z.B. auch Zugehör/Zugehör, Rdnr. 1252.

geltend zu machen und zu sichern.⁹⁹³ Verstößt der Anwalt gegen diese Pflicht, so tritt an die Stelle des bereits verjährten Primäranspruches ein Sekundäranspruch, der darauf gerichtet ist, dass sich der Anwalt nicht auf die Verjährung berufen darf.⁹⁹⁴ Zunächst wendete der BGH auf diesen Sekundäranspruch die allgemeine Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. an.

Aufgrund der auf das Urteil folgenden Kritik, vor allem wegen der Umgehung der Regelung des § 51 b BRAO, schwenkte der BGH ein und ließ den Sekundäranspruch ebenfalls innerhalb des § 51 b BRAO verjähren. Verletzt der Anwalt also seine vom BGH auferlegte Hinweispflicht, so verjähren die Ansprüche gegen ihn nicht in 3 Jahren nach § 51 b BRAO, sondern nach maximal 6 Jahren.⁹⁹⁵

Die Hinweispflicht wird vom BGH aus dem das Mandat begründeten Vertrauensverhältnis gefolgert.⁹⁹⁶ Deshalb muss der Anwalt den Mandanten zumindest derart informieren, dass dieser dazu in der Lage ist, im Zweifel unter Einschaltung eines weiteren Anwalts seine Rechte in Anspruch zu nehmen.⁹⁹⁷

Damit erreicht die Rechtsprechung zur Anwaltshaftung ihren Gipfel, von welchem aus die Überzogenheit der dem Anwalt auferlegten Pflichten am deutlichsten zu sehen ist. In welcher anderen Vertragsbeziehung wird einer Partei auferlegt, dass sie ihre Schadensersatzpflicht deutlich zum Ausdruck bringt und sich selbst an den Pranger stellt? Das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant ist nicht derart eng, dass eine solche Pflicht gerechtfertigt wäre. Auch wenn der Anwalt ein Organ der Rechtspflege ist, so stellt sich die heutige Realität so dar, dass auch der Anwalt ein Geschäftsmann ist, der von den Mandanten als solcher gesehen wird. Für

⁹⁹³ Vgl. z.B. BGH NJW 1985, S. 2250; VersR 1977, S. 618; NJW 1992, S. 837.

⁹⁹⁴ BGH VersR 1967, S. 979; Borgmann/Haug³, § 49 Rdnr. 34.

⁹⁹⁵ BGH NJW 2002, S. 1416; BGH NJW 1993, S. 199; NJW-RR 1991, S. 92; zur Kritik an der dogmatischen Begründung des BGH siehe Zimmermann, NJW 1985, S. 720.

⁹⁹⁶ Grundlegend BGH NJW 1975, S. 1656.

⁹⁹⁷ BGH NJW 1975, S. 1656.

pathetische Fiktionen einer besonderen Vertrauensstellung ist kein Raum. Auch einem Heizungsinstallateur wird besonderes Vertrauen entgegengebracht, ohne dass er deswegen auf mögliche Fehler seiner Leistung hinweisen müsste!

Zumindest gesteht der BGH der Anwaltschaft soviel zu, dass auch bei vorsätzlicher Verletzung der Hinweispflicht keine Ausweitung des Schadensersatzes gegenüber dem verjährten stattfindet.⁹⁹⁸ Zugegeben sei, dass die im Grundsatz strenge Anforderung dadurch wieder an Schärfe verliert, dass die Sekundärpflicht zum Hinweis nur während des Mandats besteht. Endet also das Mandat, besteht auch keine Hinweispflicht mehr.⁹⁹⁹ Daher kommt eine extreme Verlängerung der Verjährung nur bei Dauermandaten in Betracht, da hier die anwaltlichen Pflichten über die Primärverjährung hinausgehen. Ansonsten wird bei baldiger Beendigung des Mandats keine wesentliche Verlängerung über die Sekundärverjährung eintreten.¹⁰⁰⁰

Zudem muss eine verschuldete Verletzung der Hinweispflicht vorliegen. Dieses kann entfallen, wenn ein sorgfältiger Anwalt nicht an eine eigene Pflichtverletzung denken muss. Tritt der Schaden erst nach der Beendigung des Mandats ein, so entfällt die Hinweispflicht gänzlich, da Voraussetzung dafür das Vorhandensein eines Schadens vor Beendigung des Mandats ist.¹⁰⁰¹ Im Übrigen gilt für Pflichtverletzung und Verschulden jedoch das bekannte Schema.

Darüber hinaus bedarf es noch der Kausalität zwischen dem pflichtwidrig unterlassenen Hinweis und dem Schaden. Diese entfällt, wenn der Mandant von dem Regressanspruch und der Verjährungsregelung des § 51 b BRAO Kenntnis hat und die Primärverjährung nicht verhindert.¹⁰⁰²

⁹⁹⁸ BGH NJW 1988, S. 266; 2245.

⁹⁹⁹ BGH NJW 1985, S. 2250.

¹⁰⁰⁰ Zugehör/Zugehör, Rdnr. 1256, 1299.

¹⁰⁰¹ Borgmann/Haug³, § 49 Rdnr. 41.

¹⁰⁰² BGH NJW 1985, S. 1152 ; BGH NJW 2000, SA. 1265.

Allerdings führen die strengen Anforderungen des BGH kaum zu einem Entfallen der Kausalität, wie folgendes Beispiel zeigt:

„Entgegen der Ansicht des BerGer. ist nicht davon auszugehen, dass der Kl. als promovierter Jurist und Rechtsbeistand die erforderlichen Rechtskenntnisse bezüglich der Verjährung einer Regressforderung gegen einen Rechtsanwalt gehabt hat. Nach seiner Behauptung hat der Kl. besondere Kenntnisse und Erfahrungen nur im Arbeits- und Sozialrecht; mit Rücksicht darauf hat der Bekl. schon keinen Beweis dafür angetreten, dass der Kl. nicht belehrungsbedürftig gewesen ist.“¹⁰⁰³

Hier zeigt sich m.E. wieder einmal die Überzogenheit der Rechtsprechung des BGH zur Anwaltshaftung. Hätte in dem gerade angeführten Beispiel der „promovierte Jurist und Rechtsbeistand“ auf der Beklagtenseite gestanden, hätte der BGH ihm ohne weiteres die Kenntnisse zugerechnet und die Behauptung der Unkenntnis mit einer Handbewegung beiseite geschoben. Da er aber nunmehr der Kläger war, muss der verklagte Anwalt beweisen, dass sein promovierter Kollege nicht in der Lage war, die BRAO zu kennen, einen Blick hineinzuworfen und die Rechtsnorm zu verstehen. Nach der derzeitigen Rechtsprechung des BGH ist die Anwaltshaftung eine Gefährdungshaftung, die nach dem hier aufgezeigten Weg wieder auf ein Normalmaß zurückgeführt werden sollte.

Die Kausalität entfällt ebenfalls, wenn der Mandant auf andere Weise von der Regresspflicht erfährt, z.B. durch die Erkundigung bei seiner Rechtsschutzversicherung¹⁰⁰⁴ oder einem anderen Anwalt¹⁰⁰⁵.

Durch die neuen Verjährungsregeln in den §§ 195 ff BGB n.F. ändert sich zunächst nichts an der bisherigen Handhabung. Durch § 51 b BRAO ist eine lex specialis vorhanden, die die Anwendung der allgemeinen Regeln ausschließt. Bezeichnenderweise hat der Gesetzgeber die Angleichung der Anwaltsnormen an das neue Schuldrecht nicht vorgenommen. Da die

¹⁰⁰³ BGH NJW 2000, S. 1265.

¹⁰⁰⁴ OLG Celle, VersR 1978, S. 1119.

¹⁰⁰⁵ BGH NJW 2001, S. 3544; BGH NJW 1985, S. 1151; NJW 1992, S. 836.

neuen Verjährungsregeln mit der Regelverjährung nach drei Jahren ab Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis und der Ultimoverjährung nach 10 Jahren aber den Ansprüchen der Praxis voll gerecht werden, wäre die Abschaffung des § 51 b BRAO angezeigt.¹⁰⁰⁶

1 Haftungsbeschränkung und -ausschluss

Nach den dargestellten Grundlagen der Anwaltshaftung und ihrer speziellen Ausprägungen lässt sich feststellen, dass diese – vor allem durch die Rechtsprechung des BGH – nach der bisherigen Praxis an eine Gefährdungshaftung grenzt. Die stringenten Anforderungen an die Pflichten des Anwalts ließen den Wunsch der Berufsträger nach einer Haftungsbegrenzung oder sogar einem so weit als möglichen Ausschluss der Haftung schon sehr früh aufkommen.¹⁰⁰⁷

Auf die Entwicklung der Diskussion seit Anfang der 20er Jahre des letzten Jahrhunderts und das darauf reagierende Recht soll nicht näher eingegangen werde, insoweit wird auf die instruktiven Ausführungen bei Borgmann/Haug verwiesen.¹⁰⁰⁸

Aktuell regelt § 51a BRAO die Möglichkeit der Anwälte, durch eine vertragliche Vereinbarung mit dem Mandanten eine Beschränkung der Haftung herbeizuführen. Diese Norm bietet drei Möglichkeiten, die Haftung auf ein gewisses Maß zu begrenzen, allerdings nur in finanzieller Hinsicht.

Nach dem Wortlaut des § 51a I BRAO ist eine Beschränkung der Haftung grundsätzlich nur für Fahrlässigkeit möglich. Ein Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz ist demnach nicht möglich, was sich aber auch ohne diese berufsspezifische Regelung aus § 309 Nr. 7 b) BGB n.F. ergibt.

¹⁰⁰⁶ Hierzu ausführlich Bruns, BB 2003, S. 1347 ff.

¹⁰⁰⁷ So z.B. Fürst, AnwBl. 1929, S. 329 ff.

¹⁰⁰⁸ Borgmann/Haug³, § 40 Rdnr. 33 ff.

Der Anwalt bzw. die Sozien können individualvertraglich gemäß § 51a Nr. 1 BRAO die Haftung auf die Mindestversicherungssumme der Berufshaftpflichtversicherung begrenzen. Diese beträgt nach § 51 IV BRAO derzeit 250.000 €. Zu beachten ist, dass eine solche Vereinbarung nur schriftlich und im Einzelfall, d.h. nicht durch allgemeine Geschäftsbedingungen, geschlossen werden kann.

Nach § 51a Nr. 2 BRAO ist auch durch AGB eine Haftungsbegrenzung möglich, woran aber weit höhere Anforderungen gestellt werden als an die Individualvereinbarung im Einzelfall. Die Begrenzung ist auch hier nur bei einfacher Fahrlässigkeit möglich und zwar auf das Vierfache der Mindestversicherungssumme, somit auf 1.000.000 € (§§ 51a Nr. 2, 51 IV BRAO). Über diese Summe muss aber tatsächlich eine Berufshaftpflichtversicherung bestehen. Sollte der Anwalt mit seiner Haftpflichtversicherung eine niedrigere Haftungssumme vereinbart haben, so greift die Haftungsbegrenzung nicht ein, was zu einer besonders gravierenden Situation führen kann. Besteht die Haftpflichtversicherung in dieser Höhe nicht, so bezahlt die Berufshaftpflicht nur die vereinbarte Summe, z.B. die Mindestversicherungssumme von 250.000 €, aus. Zudem ist die Haftungsbeschränkung durch AGB nicht wirksam erfolgt, so dass der Anwalt vollumfänglich unbeschränkt persönlich für den gesamten Schaden haftet. Unter diesem Gesichtspunkt kann nur jedem Anwalt empfohlen werden, im einzelnen Mandat das mögliche Haftungsrisiko intensiv zu prüfen und im Zweifelsfall eine Einzelfallversicherung bei seiner Berufshaftpflicht abzuschließen.

Unter der Geltung des neuen Schuldrechts birgt der Haftungsausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen noch eine weitere Gefahr. Seit dem 01.01.2002 gilt für Personenschäden eine spezielle Regelung für den Haftungsausschluss. Für die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit kann auch bei einfacher Fahrlässigkeit keine Begrenzung erfolgen (§ 309 Nr. 7 a) BGB n.F.); für diese Schäden wird ohne Rücksicht auf die Intensität des Verschuldens gehaftet.

Sollte der Anwalt in seinen AGB also eine Haftungsbeschränkung im Sinne des § 51a Nr. 2 BRAO bei einfacher Fahrlässigkeit mit aufgenommen haben und vergisst er, diese der neuen Regelung des § 309 Nr. 7a) BGB n.F. anzupassen und die Personenschäden ausdrücklich auszunehmen, ist die gesamte Klausel unwirksam und der Anwalt verliert die vermeintliche Privilegierung!¹⁰⁰⁹

Für Sozietäten gewährt § 51a II BRAO die Möglichkeit, die Haftung für die übrigen Sozien aus dem Mandat eines anderen Mitglieds auf dieses zu beschränken. Für eine GbR-Anwaltssozietät gilt, dass alle Mitglieder für Schäden als Gesamtschuldner haften, die durch einen Sozius verursacht werden (§ 51a II 1 BRAO).

Eine Haftungsbeschränkung auf den Sachbearbeiter durch AGB ist möglich, wenn der Mandant seine Zustimmung dazu schriftlich erklärt, diese Erklärung keine weiteren Regelungen enthält und das Mandat durch einen namentlich benannten alleinigen Sachbearbeiter geführt wird (§ 51a II BRAO). Auch hier stellt das Gesetz hohe Anforderungen, deren Einhaltung einen erheblichen Aufwand erfordern.

Neben diesen Möglichkeiten bietet das Gesellschaftsrecht noch weitere Haftungsbeschränkungen. So ist es Rechtsanwälten als Angehörigen eines freien Berufes möglich, eine Partnerschaft im Sinne des Gesetzes über Partnerschaftsgesellschaften zu gründen (§ 1 I PartGG).

In § 8 I 1 PartGG ist geregelt, dass für Verbindlichkeiten der Partnerschaft sowohl das Vermögen der Partnerschaft als auch die Partner als Gesamtschuldner haften. Die persönliche Haftung neben dem Partnerschaftsvermögen wird durch § 8 II PartGG auf die Partner beschränkt, die als einzelne mit der Bearbeitung des Auftrags befasst waren, wobei Beiträge von untergeordneter Bedeutung außer acht bleiben (§ 8 II 2 PartGG). Somit haftet bei einer Rechtsanwaltspartnerschaft neben dem Gesellschaftsvermögen nur derjenige Partneranwalt persönlich, der das Mandat auch bearbeitet hat.

¹⁰⁰⁹ So auch AnwaltKommentar/Hennrichs, § 309 Rdnr. 12.

Seit einiger Zeit ist es auch den Rechtsanwälten möglich, ihre Haftung durch Zwischenschaltung einer juristischen Person zu beschränken. In den §§ 59c ff BRAO ist nun ausdrücklich die Rechtsanwalts-GmbH geregelt. Zwar ist auch diese Gesellschaft verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen (§ 59j II BRAO mit einer Mindestdeckungssumme von 2.500.000,00 € pro Versicherungsfall), eine persönliche unbeschränkte Haftung für die Berufsträger ist damit aber grundsätzlich ausgeschlossen. Sollte das Bundesfinanzministerium sein Vorhaben wahren machen (können) und auch die freien Berufe der Gewerbesteuer unterwerfen, ist mit einer enormen Zunahme der Rechtsanwaltsgesellschaften mit beschränkter Haftung zu rechnen. In diesem Fall spräche mit Ausnahme der notwendigen Aufbringung des Stammkapitals nichts mehr für eine Berufsausübung des Anwaltes mit persönlicher unbeschränkter Haftung.

Die neuen Möglichkeiten der Organisation der Rechtsanwälte in GmbH und Partnerschaft haben zunehmenden Zuspruch erfahren. Waren im Jahr 2002 noch 122 Rechtsanwalts-GmbHs registriert, so stieg deren Zahl im Jahr 2003 um 30,33 % auf 159 an; die Zahl der Partnerschaften nach dem PartGG nahm um 27,75 % von 746 auf 953 zu.¹⁰¹⁰

Seit der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist es auch möglich, eine Rechtsanwaltsaktiengesellschaft zu gründen.¹⁰¹¹ Allerdings zeigen sich in der Praxis – insbesondere bei den Handelsregistern – immer noch erhebliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung dieser Gesellschaftsform, so dass vermutlich der Gesetzgeber zur Klärung der Situation nochmals tätig werden muss. Ein näheres Eingehen auf diese Problematik ist in diesem Rahmen leider nicht mehr möglich.

Ein über diese Ausführungen hinausgehender Haftungsausschluss ist nicht machbar. Allerdings ist daran zu denken, dass sich die Pflichten des Anwalts aus dem übernommenen Mandat ergeben. Schließen also Anwalt

¹⁰¹⁰ <http://www.brak.de>.

¹⁰¹¹ BayOLG NJW 2000, 1647

und Mandant ein beschränktes Mandatsverhältnis, so haftet der Anwalt auch nur in diesem Umfang. Für Pflichtverletzungen, die nicht im Rahmen des übernommen Mandats liegen, wird nicht gehaftet. Der Anwalt sollte sich also in speziellen Fällen überlegen, ob er angesichts eines Mandats, welches auch von ihm nicht beherrschte Rechtsgebiete berührt, nicht eine Beschränkung vereinbaren kann, die die Notwendigkeit der Bearbeitung dieser Rechtsgebiete ausschließt.

§ 3 Zusammenfassung

Durch die Schuldrechtsreform vom 01.01.2002 wurde der Tatbestand der Pflichtverletzung in § 280 I BGB – neben § 311a BGB – zur einzigen und grundlegenden Anspruchsgrundlage für Schadensersatz wegen erfolgten Vertragsverletzungen, wobei nach § 280 I 2 BGB das Verschulden des Schuldners nunmehr grundsätzlich vermutet wird.

Der Gesetzgeber hat im Rahmen dieser Neuregelung die bisher nicht gesetzlich festgeschriebenen Anspruchsgrundlagen der pFv und der c.i.c in das BGB integriert und ausdrücklich an dem althergebrachten Verschuldensprinzip festgehalten.

Vor der Schuldrechtsreform war die pFv die bedeutsamste Haftungsgrundlage der Anwaltsvertragshaftung, sie ist nunmehr in § 280 I 1 BGB integriert.

Der Tatbestand des § 280 I 1 BGB setzt die Verletzung einer vertraglichen Pflicht, gleichgültig ob Haupt-, Nebenleistungs- oder Nebenpflicht, sowie ein rechtswidriges und schuldhaftes Handeln voraus, wobei das Verschulden des Anwalts nach § 280 I 2 BGB vermutet wird.

Durch die neugeschaffene allgemeine Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB ist ein exaktes und zuverlässiges Abgrenzen der Pflichtverletzung vom Verschulden des § 276 BGB notwendig, da hierfür unterschiedliche Beweislastregelungen und richterliche Beurteilungssichtweisen (ex post / ex ante) gelten.

Unter der Geltung des neuen Schuldrechts – insbesondere der Verschuldensvermutung des § 280 I 2 BGB – sind Änderungen der bisherigen herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur bezüglich der Pflichtwidrigkeit und der Fahrlässigkeit angezeigt:

- Die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ des § 276 II BGB ist die Definition der Rechtswidrigkeit und nicht der Fahrlässigkeit.
- Im Rahmen der Anwaltsvertragshaftung als Dienstvertrag ist die Rechtswidrigkeit nicht mit der objektiven Pflichtwidrigkeit gleichzusetzen.
- Die objektive Pflichtwidrigkeit ist Bestandteil des Tatbestandes und daher rein objektiv aus der ex post Sicht anhand eines optimalen, an einem Höchstmaß an Sorgfalt orientierten Maßstabes zu beurteilen.
- Die Einstufung eines Handelns oder Unterlassens als rechtswidrig erfolgt nicht anhand eines optimalen Maßstabes, sondern nach dem im Verkehr erforderlichen sorgfältigen Verhalten.
- Die Fahrlässigkeit in § 276 II BGB wird bestimmt durch das außer acht Lassen der verkehrserforderlichen Sorgfalt, welche nur Bezugspunkt der Fahrlässigkeit, nicht aber deren Inhalt ist.
- Die Fahrlässigkeit des § 276 II BGB ist ein individuell zu beurteilender Verschuldensmaßstab und rein subjektiv zu verstehen.
- Das Prinzip der Verschuldenshaftung gebietet es, auch im Rahmen der Fahrlässigkeitshaftung die individuelle Vorwerfbarkeit zu beachten und deshalb einen subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff anzuwenden.
- Durch die Rechtsfigur des vorverlagerten Fahrlässigkeitsvorwurfes sind Unterschiede im Ergebnis bei der Anwendung eines objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffes kaum möglich.
- Selbst wenn ausnahmsweise ein anderes Ergebnis die Folge wäre, beruht dies auf der Entscheidung des Gesetzgebers für eine verschuldensabhängige Haftung und ist im Rahmen der Privatautonomie und des allgemeinen Lebensrisikos hinzunehmen.

- Der Gesetzgeber hat es in der Hand, die Verschuldenshaftung durch eine allgemeine Gefährdungshaftung zu ersetzen, die von der Individualität des einzelnen unabhängig ist.

Lebenslauf

Persönliche Angaben:

Name, Vorname	Karg, Thomas
Geburtsort:	Illertissen
Geburtstag:	07.04.1975
Familienstand:	verheiratet

Schulbildung:

Sept. 1981 - Juli 1985	Grundschule Buch
Sept. 1985 - Juli 1994	Gymnasium Kolleg der Schulbrüder Illertissen, Abitur

Ersatzdienst:

Aug. 1994 – Okt. 1995	Caritas-Altenzentrum Illertissen
-----------------------	----------------------------------

Ausbildung:

Nov. 1995 – Febr. 2000	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg
------------------------	-------------------------------------------------------------------

Febr. 2000	1. Staatsexamen
------------	-----------------

April 2000 – Juni 2002	Referendariat am Landgericht Regensburg
------------------------	-----------------------------------------

Juni 2002	2. Staatsexamen
-----------	-----------------

Berufliche Tätigkeit:

27.06.2002	Zulassung als Rechtsanwalt
------------	----------------------------

seit Juni 2002	Rechtsanwalt in der Sozietät Menz & Partner, Memmingen
----------------	-----------------------------------------------------------

Ausbildungsbegleitende Tätigkeiten:

April 2000 – Juli 2000	Korrekturassistent am Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Henrich an der Universität Re- gensburg
------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------

Nov. 2000 – April 2002	juristischer Mitarbeiter in der Kanzlei Treut- ler, Beutl & Winkler in Regensburg
------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------